This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 208 070

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 11, 1899

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Das

praetorische Erbsystem

im

classischen, nachclassischen und heutigen Recht

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

8.
Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)
1873.

Digitized by Google

Rec. March 11, 1899

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Digitized by Google

Vorwort.

Auf den Wunsch des Herrn Verlegers habe ich unter vorstehendem Titel von dem zweiten Bande meiner Fortsetzung des Glück'schen Pandectencommentars, Serie der Bücher 37. und 38., eine Separatausgabe veranstaltet. Wenn auch äußerlich durch Vieles darauf hingewiesen, daß hier nur ein Bruchstück aus einem größeren Gesammtwerk vorliegt, wird der Leser sehen, daß — ebenso wie bei dem vorhergehenden Bande — innerlich es sich um ein in gewissen engeren Grenzen einheitliches Ganzes handelt, das denn auch buchhändlerisch seine eigenen Wege suchen und finden mag.

Gotha, 14. December 1872.

Leist.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Lib. XXXVII. Tit. 1. de bonorum possessionibus.

§. 1599.

Handhabung der bonorum possessio in der classischen Zeit [verbunden mit §. 1633. de successorio edicto und den §§. 1636 bis 1639: de veteran. et mil. succ., quib. non comp. b. p., ut ex legibus SCtis, quis ordo].

1) Die confirmatorischen und außerconfirmatorischen Elemente der b. p. — 2) I. Der dogmatische Begriffsgehalt der originalprätorischen Elemente der *b. p.* gegenüber dem Civilrecht. Scheidung dieser originalprätorischen Elemente in suppletorische, correctorische und testamentarisch-emendatorische. Data der Einführungszeit derselben. — 3) A. Die suppletorischen Klassen. — 4) B. Die correctorischen Klassen. Voraussetzung der c. t. b. p. ist: die Möglichkeit des Erworbenwerdens der Erbschaft aus dem Testamente (liberis datam b. possessionem contra lignum esse). Die jetzt herrschende Ansicht über die Wirkung der c. t. b. p.: Aufhebung des Testaments. — 5) Die hier durchzuführende Ansicht: an der juristischen Gültigkeit des Testaments wird an sich durch die c. t. nichts geändert, und es erhält der c. t. b. possessor gegen den scriptus heres nur ein Avocationsrecht der bona. — 6) 1. Die exceptio „si non contra tabulas b. p. filio dari potest"; a. als Schutzmittel des Notherben gegen den scriptus heres; b. als Schutzmittel des scriptus heres gegen den Erbschaftsgläubi-

Digitized by Google

ger; c. als Schutzmittel des Erbschaftsschuldners gegen den scriptus heres. — 7) 2. Im Fall der agnoscirten c. t. b. p. Uebergang aller Rechte vom antretenden scriptus heres an den c. t. b. possessor. Parallelismus mit dem Rechtsverhältniß des Universalfideicommisses. — 8) 3. Wirkung der Antretung des scriptus heres für gewisse Nebenbestimmungen des Testamentes bei erbetener c. t. b. p.; a. Freiheitsertheilungen. — 9) b. Pupillarsubstitutionen. c. Vormundschaftsernennungen. — 10) 4. Gleichgültigkeit des Stattfindens oder Nichtstattfindens der her. aditio des scriptus heres für die Vermächtnisse bei erbetener c. t. b. p. Dem c. t. b. possessor ist durch besondere Edictalbestimmung die Leistung der dem scriptus heres aufgelegten Vermächtnisse abgenommen, im Uebrigen aber wirkt der Eintritt oder Nichteintritt des scriptus heres in regulärer Weise auf die c. t. b. p. zurück. a. Wird der mit den Vermächtnissen Belastete nicht Erbe, so gilt die Regel: „non debentur"; wird er Erbe, so tritt der Satz ein: „praestare non cogitur", und deren Leistungspflicht trifft auch andererseits den c. t. b. possessor nicht. b. Ausnahme: in Betreff der Zuwendungen an coniunctae personae. Für den c. t. b. possessor besteht hier die Bestimmung: „praestare cogitur", mag der scriptus heres omittirt haben oder nicht. c. Hat aber der scriptus heres angetreten, so hat, da er an sich „debet", auch seine dolose Vernichtung des legirten Gegenstandes die Folge, daß die utilis actio der coniuncta persona den c. t. b. possessor trifft. — 11) d. Rückwirkung des Nichtantretenkönnens Seitens des scriptus heres auf die vom c. t. b. possessor zu entrichtenden Vermächtnisse. — 12) Erklärung des fr. 10. §. 2. de legat. praest. Critik der Ansichten Francke's über die Unwirksamkeit der Vermächtnisse, und Schmidt's über die Zusammengehörigkeit der Fragen von der Gültigkeit der Vermächtnisse an coniuncti und von der Gültigkeit der Pupillarsubstitutionen. — 13) 5. Rückwirkung der Ausschlagung des scriptus heres und demgemäß des Eintritts des Civilintestaterbrechts eines (exheredirten) suus auf die erbetene c. t. p. b. Erklärung des fr. 20. pr. de b. p. c. t. — 14) 6. Freiwerden der te-

Digitized by Google

stamentaria hereditas von der ihr durch die c. t. b. p. drohenden Avocationsgefahr im Fall der Nichtagnition der c. t.; a. Zwang des mit einem Universalfideicommiß belasteten scriptus heres zur Antretung, unter Hinblick auf die mögliche Nichtagnition der c. t. b. p.; b. Im Fall der Nichtagnition der c. t. b. p. ist der antretende (wenngleich seine sec. tab. b. p. versäumende) scriptus heres gegen die intestate b. p. jenes Notherben geschützt. [Möglicherweise hat auch überhaupt der innerhalb seiner Agnitionsfrist antretende (wenngleich seine b. p. versäumende) heres dem hinter ihm die b. p. Agnoscirenden und gegen ihn Klagenden gleich die exceptio seines heres-Seins entgegenhalten können]. — 15) 7. Zusammenfassung des Begriffs der correctorischen Klassen. Bei vollem Unverändertlassen des juristischen Bestandes des ihr gegenüberstehenden Rechtes des heres ist die correctorische Klasse materiell lediglich eine Erweiterung des Begriffs der b. p. cum re, die Gewährung eines Avocationsrechtes der bona (hereditas sine re); formell aber enthält sie die Gewährung einer vor die b. p. des heres gestellten Agnitionsfrist. Dabei wird der aditio des heres kein Hinderniß erzeugt. Auch bei den correctorischen Klassen ist in der classischen Zeit der Gegensatz von heres und b. possessor noch immer mit den Ausdrücken: Erbe und Erbbesitzer zu bezeichnen. — 16) C. Die testamentarisch-emendatorischen Bestandtheile der *b. p.* 1. Der Prätor giebt in gewissen Fällen civilrechtlich ungültiger Testamente eine sec. tab. b. p.; a. Der heres, meist Civilintestaterbe, hat dann, als ein von der b. p. Ausgeschlossener, gegen die Klage des b. possessor sogleich exceptio doli. b. Andererseits kann er mit her. pet. die sec. tab. b. p. zur sine re machen. c. Es ist also diese sec. tab. b. p. nur dann cum re, wenn der Civilintestaterbe nicht in der Lage ist, gegen den b. possessor sec. tab. aufzutreten. — 17) 2. Weiterbildung zu einem vollständigen Rechtsschutz des b. possessor. a. Durch prätorische Nichtgewährung der exc. doli an den heres auf Grund der besonderen voluntas des Testators. b. Durch Kaisergesetze in bestimmten Fällen, indem gegenüber der hered. petitio, wo-

Digitized by Google

mit bisher der Civilinteſtaterbe die b. p. zur sine re machen konnte, dem b. possessor eine exc. doli gewährt wurde. Damit wurde eine den correctoriſchen Klaſſen gleichartige Rechtslage geſchaffen. — 18) Zuſammenfaſſung des alle Beſtandtheile der b. p., die confirmatoriſchen, ſuppletoriſchen, correctoriſchen und teſtamentariſch-emendatoriſchen, betreffenden Reſultates. — 19) Ueber das Princip, nach welchem ſich in der claſſiſchen Zeit entſcheidet, ob eine b. p. entweder cum re oder sine re ſei. — 20) II. Regeln der Handhabung des Syſtems der *b. p.* in der Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz. A. Die Reihenfolge der Erbklaſſen [Tit. D. de successorio edicto. 38. 9]. 1. Bedeutung der Gegeneinanderſtellung von hereditas und bonorum possessio. Die ſechs Erbklaſſen der claſſiſchen Zeit. Modeſtin's Darſtellung in fr. 1. quis ordo und Ulpian's Darſtellung in fr. 1. §. 11. de successorio edict. — 21) Die einheitliche, hereditas und bon. poss. zuſammenfaſſende Klaſſenordnung beſteht in der claſſiſchen Zeit nur dem äußeren Effecte nach. Im Uebrigen ſind hereditas und b. p. in Delation und Acquiſition noch ganz gegeneinander abgeſchloſſene Syſteme. Die einheitliche Zuſammenfaſſung von hereditas und b. p., als der regulären directen Univerſalſucceſſion auf den Todesfall, im Gegenſatz zur Fiscalſucceſſion in die bona vacantia und zur bonorum venditio. — 22) 2. Die Zuſammenfaſſung der hereditas und b. p. als nach Außen einheitliches Ganzes der eigentlichen Erbfolge hat ihren Grund in der, beiden gemeinſamen, civiliſtiſchen Interpretation des Begriffs der directen Univerſalſucceſſion, wobei regelmäßig die hereditas das für die b. p. Maaßgebende iſt (ſelten umgekehrt). Details dieſer Interpretation. — 23) Stellung von hereditas und b. p. zur Fideicommißlehre. — 24) 3. Ficticiſche Behandlung einer ertheilten b. p. als aus einer anderen pars edicti ertheilt. a. Ein bedingt Inſtituirter wird nach Wegfall der Bedingung ſeinem anderweiten Erbrechte gemäß behandelt. Erklärung des fr. 5. de b. p. sec. tab. — 25) b. Behandlung einer contra t. b. p. als secundum tab. oder einer civilen teſtamentariſchen Berechtigung als c. t. b. p., auf Grund noth-

Digitized by Google

erbenrechtlicher Principien. c. Umwandlung einer erbetenen b. p. in eine andere in Folge irrthümlicher Agnition in einer falschen Klasse. — 26) B. Die Delation der *b. p.* 1. Handhabung der Fristen der b. p. [Tit. D. quis ordo in possessionibus servetur 38. 15]. Berücksichtigung des Nichtkönnens und Nichtwissens bei Berechnung des utile tempus. Bedeutung des error facti und iuris. — 27) 2. Subjective Voraussetzungen in der Person des Erblassers bei Delation der b. p.; a. Freiheit. Anwendung der Grundsätze des Postliminium und der Cornelischen Fiction. b. Civität (eine nicht allgemeine Voraussetzung bei der b. p.). c. In wie weit kann an der Hinterlassenschaft eines zu einer Capitalstrafe verurtheilten Verbrechers eine b. p. stattfinden? Regelmäßige Grundsätze. Besonderes Ausnahmsinstitut [Tit. Dig. de veteranorum et militum successione 38. 12]. *a.* Voraussetzung: Verurtheilung des Militärs zu einer Capitalstrafe, insbes. zum Tode. — 28) *β.* Gegenstand des Privilegiums sind die bona castrensia des Militärs. *γ.* Der in der Sentenz mit der Testirungsconcession versehene Militär hat gewöhnlich das Recht, iure militari zu testiren. Hat ein auch schon früher errichtetes Testament Anspruch auf Geltung? Erklärung des fr. 6. §. 6. de iniusto rupto. — 29) *δ.* Zurückführung dieses Ausnahmsinstituts auf Hadrian. Rechtsstellung der ab intestato den Militär Beerbenden. Liegt hier eine b. p. ex legibus vor? *ε.* Erklärung der l. 13. C. de test. milit. Heutige Nichtgeltung dieses Ausnahmsinstituts. — 30) d. Suae potestatis-Sein des Erblassers, insbesondere das Hinderniß, daß der Hausvater des Verstorbenen sich in Kriegsgefangenschaft befand. Für die hieraus sich ergebende Zeit der Ungewißheit über die Erblassereigenschaft des Verstorbenen machte sich ein succurrere des Prätors in Betreff des Berufenen nöthig. — 31) 3. Subjective Voraussetzungen in der Person des zu Berufenden bei Delation der b. p.; a. Freiheit und Civität. Anwendung der fictio postliminii; Berechnung des Fristenlaufs der b. p. in solchem Fall. b. Verurtheilung zu einer Capitalstrafe. c. Rechtliche Hindernisse in Betreff des Erwerbs oder des capere der hereditas gelten

Digitized by Google

auch für die b. p. — 32) C. Die Acquisition der *b. p.* Obgleich zunächst die ganze b. p. als ein auf prätorischer datio ruhendes Beneficium dasteht, so schiebt sich doch allmälig in der classischen Zeit die b. p. sine re mehr zu der gewöhnlichen possessio hereditatis als gleichartig herüber, die b. p. cum re aber schließt sich mit den Fällen, wo man durch hereditas die Erbschaft erlangt, als auf Einer Stufe stehend zusammen. So tritt denn auch in der Agnition der b. p. das Moment der datio als selbstverständlich in den Hintergrund, und das Moment der Antretungshandlung gewinnt den Schwerpunkt; danach stellen sich hereditatis aditio und bonorum possessionis agnitio als verschiedene Formen des Erbschaftserwerbes nebeneinander. 1. Vornahme der Agnitionshandlung durch den Berufenen oder einen auf dessen Willen sich stützenden Stellvertreter. a. Die b. p. possessionis agnitio gilt, auch in der Richtung einer in ihr liegenden pro herede gestio, nur für den betreffenden Delationsgrund, für den sie vorgenommen ist; und nur für die Quote, auf welche sie gerichtet worden ist. — 33) b. Agnition durch einen Anderen, entweder Beauftragten oder durch Ratihabition Gerechtfertigten. c. Erbschaftserwerb bez. Agnition der b. p. im Fall der Erbeinsetzung einer handlungsfähigen hausunterthänigen Person. Besonderheit in Betreff des pater dominusve des eingesetzten Hausunterthänigen, wenn Jener dolos die Testaments-Aenderung prohibirte [Tit. Dig. quibus non competit bonorum possessio 38. 13]. Es wurden auch im Fall der Manumission bez. Emancipation des Hausunterthänigen die actiones denegirt bez. ihm die b. p. denegirt. — 34) 2. Der durch cretio, pro herede gestio, b. possessionis agnitio sich hindurchziehende einheitliche Begriff: fr. 25. §. 7. de acq. her. a. Gleichartig demgegenüber auch die Behandlung der Repudiation der b. p. — 35) b. Anwendung der *in integrum restitutio* bei der *b. p.*; *α.* Restitution des Creditors gegen den scriptus bei omittirten c. t.; *β.* Restitution gegen eine ertheilte b. p.; *γ.* Restitution gegen Nichterwerb der deferirten *b. p.*; *δ.* Uebergang des in der Person des Berufenen juristisch schon begründeten Restitutionsanspruches auf

Digitized by Google

dessen Erben. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis.* — 36) 3. Nebeninstitut: auf prätorischer *datio* beruhende provisionelle Zutheilung des Erbrechtsbesitzes zur Schaffung eines rücksichtlich der Erbverhältnisse rechtlich Legitimirten. Auf diesem Gedanken ruht schon die alte b. p. sine re, auf ihn stützen sich auch noch andere an anderen Ort zu verweisende Nebeninstitute der b. p.; a. Diesem Gedanken sind entsprungen: die *bonorum possessiones decretales* beim Vorhandensein eines rechtlichen Erwerbshinderusses. *α.* Der Fall des erwarteten postumus. Erklärung des fr. 30. §. 1. de acq. her. Objectives Delationshinderniß und bloß subjectives Erwerbshinderniß. — 37) Rücksichtlich der edictalis b. p. wird der, qui in utero est, pro superstite habetur. Dagegen in der Schwebezeit kann das nebenstehende Kind durch decretalis b. p. Rechtsschutz erhalten. Erklärung der fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. und 84. de acq. her. — 38) Inhalt dieser decretalis b. p. Es gewährt dieselbe eine wahre erbrechtliche Transmission der *b. p. ordinaria.* Unterschied zwischen der Transmission aus rechtlichem Erwerbshinderniß und der obigen Transmission ex capite in integrum restitutionis. — 39) *β.* Der Fall des Pendirens des Status eines Erblassers in Folge des erst später bei den Feinden erfolgenden Todes seines Hausvaters. Bloß subjectives Erwerbshinderniß. Auch hier die Subvention durch decretale b. p., aus der eine wahre Transmission der b. p. ordinaria entspringt. *γ.* Der Fall des aus feindlicher Gefangenschaft rückerwarteten aber nicht rückkehrenden Kindes des Erblassers. Objectives Delationshinderniß. — 40) b. Zwei Fälle civilrechtlicher Transmission auf Grund rechtlichen Erwerbshindernisses. *α.* Der Silanianische Fall. *β.* Das Rescript des Marcus. — 41) c. Prätorisches Fallenlassen des Erfordernisses der vom Transmittenten noch vor seinem Tode admittirten provisionellen b. p.; *α.* Im Fall des erwarteten postumus. *β.* Im Fall des fr. 12. de Carb. ed. Erklärung dieser Stelle. Die Carbonianische Schwebezeit ist nach prätorischem Recht theils nur dilatorisches Hinderniß theils objectives Delationshinder-

Digitized by Google

niß, nach Civilrecht nur mentales Erwerbshinderniß. Berechtigung nicht bloß des Nachstehenden selbst, sondern auch gleich seiner Erben zur decretalen b. p. — 42) d. Die einzelnen Fälle zusammenfassende Fragen. *α.* Es handelt sich hier weder um principlos vereinzelte Fälle, noch um das Princip daß „eine Ungewißheit der Berufung' vorliege. *β.* Das in Wirklichkeit den Quellen zum Grunde liegende Princip. Analoge Verwendung der römischen Stellen über den Kreis der Kinder hinaus. Kann man gegenwärtig, mit Verlassen der römischen ratio, in Anknüpfung an die Transmission ex cap. in int. rest. eine allgemeine Transmission „wegen Ungewißheit der Berufung" zulassen? — 43) *γ.* Alle Fälle wegen rechtlichen Erwerbshindernisses haben heutzutage die practische Gestalt, die schon bei den Römern die zwei civilrechtlichen hatten. An Stelle der röm. decretalen b. p. des Transmittenten ist keineswegs heutzutage die formlose schon definitive „Erbantretung im Voraus" getreten. Auch durch Zulassung der Agnition inter alienam vicem ist diese Transmission keineswegs hinweggeräumt. — 44) 4. Wirkungen der rechtsgültig erfolgten Agnition und Ergebniß einer erfolgten rechtsungültigen Agnition. — 45) D. Einige abgesonderte Begriffe und Gestaltungen der *b. p.* 1. Die b. p. litis ordinandae gratia. — 46) 2. Die decretalis und causa cognita data b. p. 3. Die Begriffe der b. p. necessaria und ordinaria. 4. Die b. p. quibus ex legibus [Tit. Dig. ut ex legibus senatusconsultis bonorum possessio detur. 38. 14.].

§. 1600.

Uebergang der einzelnen Theile in definitive Erbklassen in der Kaiserzeit und bei Justinian. [Verbunden mit nochmaliger Erörterung des Titels 5. 5. de her. pet. poss.]. **Stellung des Systems der b. p. zu dem der hereditas in der justinianeischen Compilation.**

47) I. Entwicklung des zusammenfassenden Begriffs: *successio.* Die Auffassungsweise Diocletians. Vor-

Digitized by Google

bereitung derselben in der classischen Juristenzeit. — 48) Die nachdiocletianischen Kaisergesetze. — 49) II. Entstehung der *successionis vindicatio* für den *bonorum possessor* (her. pet. possessoria). 1. In den aus der classischen Juristenzeit datirenden Quellenstellen ist ein sicheres Indicium des Schonbestehens der Klage nicht zu finden. — 50) 2. Die Gründe, die einer Annahme dieser Klage in der classischen Juristenzeit entgegenstehen. 3. Wie ist die Entstehung der Klage zu denken? — 51) III. Wegfall der *b. p. sine re.* IV. Veränderungen in der Agnitionsform unter den späteren Kaisern. — 52) V. Behandlung der *b. p.* in der Justinianeischen Compilation. Bedeutung der „Alles auf dem Wege der Constitutionen corrigirenden" Reception der b. p. in die Compilation. — 53) Anerkennung der hereditatis aditio auch für die bloß prätorisch Erbberechtigten in l. 19. und 22. C. de iure delib. — 54) Stellung der Klasse der c. t. b. p. zu der aus civilen und prätorischen Elementen bei Justinian vereinigten testamentarischen Erbklasse. — 55) Wie reimt sich die allgemeine Zulassung der her. aditio auch für die prätorischen Klassen mit der zweifellosen Reception der Agnitionslehre und des successorium edictum in die Compilation? — 56) Gesammtresultat. Die Elemente der b. p. in der Justinianeischen Compilation sind doppelter Art: theils Bestandtheile des Justinianeischen Civilrechts definitiver Erbberechtigung, theils das possessorische Element gewisser Fälle provisionellen Erbbesitzes und des interdictalen Beneficium der Besitzerlangung der corpora hereditaria mit Festhaltung der prätorischen Agnitionsregeln.

§. 1601.

Aufnahme des Instituts der bon. poss. in die deutsche Rechtsanwendung.

57) Deutschgewohnheitsrechtliche Nichtaufnahme der prätorischen Agnitionsregeln. — 58) Nach welchen, auch die Agnitionsregeln treffenden, Grundsätzen ist überhaupt die ge-

Digitized by Google

meinrechtliche Geltung des römischen Rechts zu beurtheilen? — 59) Die dogmatischen Grundgedanken, welche das Zusammenfließen von hereditas und b. p. für unser heutiges gemeines Recht in sich trägt. — 60) Das französische Recht. — 61) Das preußische Recht. — 62) Das österreichische Recht. — 63) Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch. — 64) Das aus diesen verschiedenen Rechtssystemen für unsere Gegenwart zu ziehende Resultat.

§. 1602.

Darstellung der practischen Geltung des Interdictum quorum bonorum und der missio Hadriana. (Das Recht des Einsatzes).
[Verbunden mit den §§. 1841—1844].

65) I. Hat in der classischen Juristenzeit der Richterspruch im Interdict. quorum bonorum die Wirkung der res iudicata für den Proceß der hereditatis petitio gehabt? — 66) II. Welche Stellung nimmt das Interdict ein, seit bei den Römern dem b. possessor die her. pet. possessoria eingeräumt wurde? 1. Bei der contra tabulas b. p. 2. Im Gebiet der testamentarischen Succession. — 67) 3. Bei der Intestatsuccession. Erklärung der l. 3. C. quor. bon. — 68) III. Das Interdict der Justinianeischen Compilation. Bedeutung desselben 1. bei der c. t. b. p.; 2. in der testamentarischen Succession; 3. in der Intestatsuccession. — 69) IV. Das deutschgemeinrechtliche Institut des Einsatzes. Deutschrechtliche Auffassung desselben als ein einheitliches Institut, rücksichtlich des Gegenstandes (des ganzen „Nachlasses") wie des einsetzenden Gerichtes. Mittheilung eines Rechtsfalls. — 70) A. Das heutige Recht der missio Hadriana [Tit. C. de edicto divi Hadriani tollendo, et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur. 6. 33.]. 1. Aufnahme der Hadrianischen Mission durch Justinian. 2. Voraussetzung der äußeren Fehlerfreiheit des Testaments. 3. Das Missionsverfahren. 4. Das petitorische Verfahren. — 71) B. Das heutige Recht des Interdicts quorum bonorum. 1. Possessorischer Charakter des Rechtsmittels. Gewährung des Einsatzes

Digitized by Google

auch ohne bestimmten Gegner des Imploranten. 2. Colliſion mehrer Erbprätendenten. 3. Der Interdictssieg gewährt die Beklagtenrolle in der her. pet. 4. Einrede des Eigenthums und überhaupt exceptiones altioris indaginis. 5. Appellation. 6. Cautionsleiſtung des Eingewieſenen. 7. Erlangung des juriſtiſchen Beſitzes. 8. Anwendung des Interdicts auf das Lehnrecht und andere deutſchrechtlich Erbberechtigte. 9. Fictus possessor. 10. Höchſtſummariſches Verfahren. 11. Practiſcher Werth des Rechtsinſtituts des Einſatzes.

Lib. XXXVII. Tit. 2. si tabulae testamenti extabunt.

§. 1603.

72) Verweiſung.

Anhang. Erbſchaftserwerb und Sicherſtellung der Erbſchaft nach dem Rechte der ruſſiſchen Oſtſeeprovinzen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Lib. XXXVII. Tit. I.

De bonorum possessionibus.

[Verbunden mit den tituli: 37. 2. si tabulae testamenti extabunt; 37. 3. de bonorum possessione furioso infanti muto surdo caeco competente; 38. 9. de successorio edicto; 38. 12. de veteranorum et militum successione; 38. 13. quibus non competit bonorum possessio; 38. 14. ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur; 38. 15. quis ordo in possessionibus servetur; 41. 5 pro herede vel pro possessore; 43. 2. quorum bonorum.]

(Fortsetzung.)

§. 1599.

Handhabung der bonorum possessio in der classischen Zeit.

[verbunden mit §. 1633: de successor. ed. und den §§. 1636. bis 1639.: de veter. et mil. succ., quib. non comp. b. p., ut ex legibus Sctis, quis ordo.]

1. Der alte Stamm der bonorum possessio war das, was man später im Gegensatz zu den großen Erweiterungen des Instituts die b. p. *confirmandi* iuris civilis gratia proposita nannte: die b. p. auf Grund von tabulae testamenti, welche mit der gesetzmäßigen (ex lege) Siegelzahl versehen waren, und die bonorum possessio des legitimus heres (quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset). Dieser alte Stamm, bei dem der Prätor auf dem Boden des Civilrechts fußt [magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessio-

Digitized by Google

nem, nam illis . . . qui *recte facto testamento* heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem; item ab intestato *suos heredes et agnatos* ad bonorum possessionem vocat. sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili [1])], iſt auch noch ein Stück des Juſtinianeiſchen Rechts [2]).

Dieſer Urbeſtandtheil der bonorum possessio iſt in dem erſten Bande dargeſtellt worden, und zwar ſo, wie derſelbe erſchien, ehe ihn die umfangreichen original-prätoriſchen Elemente des Erbrechts umwuchſen, die den Kern des Inſtituts allmälig ſehr verdeckt haben. Nur durch dieſe Scheidung iſt es möglich, jedem, ſowohl dem alten Kern wie dem ſpäteren Anwuchs, im Juſtinianeiſchen Recht ſeine richtige Stellung anzuweiſen [3]).

1) §. 1. J. de b. p. 3. 9.

2) §. 3. J. de b. p.: secunda quam *omnibus iure scriptis heredibus* praetor pollicetur ideoque vocatur secundum tabulas, et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit, et . . dat bonorum possessionem secundo *legitimis heredibus.* §. 4. . . . *secundum tabulas bonorum possessiones admisimus utpote necessarias constitutas nec non ab intestato . . . unde legitimi bonorum possessiones.*

3) Vorzugsweiſe den Stoff dieſes und der folgenden §§. dieſes Bandes betreffen die zahlreichen Abhandlungen v. Löhr's über die b. p., die ich hier zunächſt ſämmtlich der Zeitfolge nach namhaft mache: Grolmann's (u. Löhr's) Magazin II. (1807.) S. 437: b. p. decretalis; S. 451: „Die b. p. ex ed. Carb. iſt eine missio in possessionem"; III. (1820.) S. 217: Begriff der b. p.; S. 224: Delation u. Erwerb der b. p.; S. 231: ordinaria und extraordinaria b. p.;

Digitized by Google

Das Institut der bonorum possessio ist allerdings vom Boden des Civilrechts ausgegangen. Aber als ein rein auf dem prätorischen Imperium ruhendes Beneficium der Erbrechtsbesitzzutheilung trug es doch von vorn herein in sich die Möglichkeit, einerseits der freien Verwendung in den Provinzen, andererseits aber auch der selbst für Rom zu rechtfertigenden Besitzzutheilung über den Boden des Civilrechts hinaus. Die ersten Anfänge dieses Hinausschreitens, die auch bereits in dem ersten Bande zur Darstellung zu bringen waren, gehen nach zwei Richtungen hin:

1) Der Prätor hat bald angefangen, innerhalb der zwei confirmatorischen Klassen, der testamentarischen und der legitimen, einzelne ihm practisch zweckmäßig erscheinende Abweichungen vom Civilrecht seiner bonorum possessio einzufügen. Das bisher zur Erwähnung Gekommene ist: für die testamentarische Succession die selbständig-prätorische Bestimmung, daß secundum tabulas b. possessio aus Testamenten, die mit sieben Siegeln signirt seien, ge-

S. 237: b. p. quibus ex legibus; S. 250: Entstehung der b. p.; S. 261: b. p. c. t. liberti; S. 281: b. p. cum re und sine re; S. 304: „Wer bekommt das Vermögen, der heres oder der b. possessor?"; S. 333: Die b. p. unter Justinian; IV. (1820. erstes Heft) S. 149: Nachträge zur Lehre von der b. p.; (1844. viertes Heft) S. 403: Entstehung der b. p.; S. 420: decretalis b. p.; S. 436: Carboniana b. p.; S. 441: Verhältniß der b. p. zur hereditas; S. 468: Interd. quor. bonorum. Außerdem im Archiv für civ. Prax. XII. (1829.) S. 85—115: über das Interdictum quorum bonorum. — Diese Abhandlungen sind wegen ihres selbständigen Quellenstudiums noch heute werthvoll.

Digitized by Google

geben werden solle [4]); und für die bonorum possessio der legitimi [für die nach Civilrecht der Satz galt: in legitimis hereditatibus non est successio [5])] die Zulassung einer ordinum successio zwischen dem suus und proximus agnatus [6]), woran sich dann wieder die (freilich controvers gebliebene) Frage schloß, daß nach der Ansicht Mancher auch noch innerhalb der Agnatenklasse für die bonorum possessio eine graduum successio zuzulassen sei [7]).

4) Bd. I. dieser Serie S. 463 ff.

5) Gai III. 12. 22. Ulp. 26. 5. Paul. sent. IV. 8. §. 23.

6) Bd. I. dieser Serie S. 103. A. 98. S. 333 ff. S. 480. Gai. III. 37.

7) Bd. I. dieser Serie S. 336. Gai. III. 28. — Gust. Hartmann hat in seiner Recension des ersten Bandes meines Commentars (Krit. Vierteljahrsschr. XIII. S. 535 f. (1871.) seine frühere Ansicht festgehalten, daß die prätorische Zulassung der successio zwischen suus und proximus agnatus (die er auf Grund von Gai. III. 37. mit Recht gegen Schirmer vertheidigt) bereits in den Worten des prätorischen Edicts: tum uti quemque potissimum *heredem* esse oporteret, si is intestatus mortuus esset (Bd. I. S. 76.) gefunden werden könne und müsse. Seine Gründe haben mich nicht überzeugt. Er meint, wie man bei diesen Worten die Voraussetzung der Erbantretung machen müsse, so fordere der Zusammenhang auch noch die andere: des unter den in abstracto Berufenen Nächststehens bei unterbliebener Meldung Näherer. Ich kann das nicht zugeben. Wenn es hieße: tum uti heres *esset* si is intestatus mortuus esset, so könnte man einräumen, daß das Edict hier (ungenau) „nicht auf den gehe, der wirklich heres sei, sondern auf den, der es unter Voraussetzung der Erbantretung sein würde." Es

Digitized by Google

2) Ganz außerhalb der confirmatorischen Klassen (also *sine testamento* und *sine lege*) kommt auch schon

lautet aber: uti heredem esse *oporteret;* das geht also gar nicht auf das wirkliche Erbewerden (unter Voraussetzung der Antretung), sondern nur auf das vom Civilrecht Berufenwerden. — Das potissimum ist früher oft adjectivisch zu heredem gezogen worden im Sinne von unserem deutschen: „nächster Erbe", was aber der römischen Anschauung widerstrebt, denn schon *heredem* esse oportet kann man nach Civilrecht immer nur vom Nächststehenden sagen. Während nun früher allgemein gelesen wurde: uti *proximum quemque* potissimum heredem esse oporteret, und in dem Superlativ mit quisque in der That ein „Hintereinanderberufenwerden Mehrer" (Bd. I. S. 80. A. 71.) gefunden werden konnte, so dreht jetzt Hartmann, nachdem das „proximum" als nicht mehr haltbar erkannt worden, die Sache um, und verbindet quemque mit potissimum, um damit wieder zu demselben Sinn zu gelangen: uti *quemque potissimum* heredem esse oporteret = so wie ein Jeder „unter der Voraussetzung der Eigenschaft als *potissimus*" der heres sein müßte. Dies halte ich für unzulässig. Dann würde es nämlich heißen: uti potissimum quemque [und würde auch nicht später gestrichen sein, Bd. I. Ziff. 20. a. E.], während so, wie es hier steht, das potissimum nicht anders als wie in dem vorhergehenden Satze (Bd. I. S. 78. bei A. 67.), adverbiell zu nehmen ist, so daß die Worte lediglich den Sinn enthalten: „wenn aber kein Testament proferirt wird, so will ich, so wie ein Jeder zunächst (prae ceteris) der Erbe sein müßte, wenn (gar kein Testament vorhanden, also) der Erblasser intestatus verstorben wäre, ihm zu Gunsten die b. p. ertheilen." Damit ist aber alle Möglichkeit, hier eine successive Berufung Mehrer zu finden, geschwunden. Und wenn sie in diesen ursprünglichen Edictsworten

Digitized by Google

bei Cicero die Ertheilung von bonorum possessiones, aber noch wenig entwickelt, vor [8]).

Es ist mit Sicherheit nachweisbar, daß dies rein prätorische Gebiet von Berechtigungen bereits zu Cicero's Zeit die Cognaten in sich gefaßt hat. Schon nach inneren Wahrscheinlichkeitsgründen muß auch ohne directen Quellennachweis [da gleich nach Cicero der außerconfirmatorische Bestand der b. p. bereits unter Augustus als sehr entwickelt auftritt] eine gewisse längere Zeit vorausgesetzt werden, in der den neu-prätorischen Elementen des Erbrechts, insbesondere dem Hervortreten der Cognaten, ein, wenn auch noch wenig articulirter, edictaler Rechtsboden als Anhalt gegeben war. Von diesem Anhalte aus erscheinen dann die bedeutenden Neuschöpfungen des prätorischen Erbrechts, welche die classische Jurisprudenz vorfindet, als ein Product der vom Prätor nur geleiteten Triebkräfte des Rechtslebens und der sich umgestaltenden Volksansichten, überhaupt erst erklärbar. Zu Cicero's Zeit kommt nicht allein sicher eine dem Cognaten als solchem *ex edicto* [9])

noch nicht liegt, dann aber in der That durch Gai. III. 37. bezeugt uns entgegentritt, so bleibt nichts Anderes übrig, als die Annahme, daß sie erst nach der ursprünglichen Edictsfassung durch einen anderweiten Passus im Edicte ihre Anerkennung gefunden haben müsse.

8) Cic. Orat. part. §. 98. — Bd. I. dieser Serie S. 63 ff. 105 ff. 279. 334. 480.

9) Bd. I. dieser Serie S. 68. — Cic. pr. Cluent. 60: Intestatum dico mortuum possessionemque eius bonorum *praetoris edicto* huic illius sororis filio . . *datam*. Das *edicto* datam ist in demselben Sinne genommen, wie Cicero in anderen Stellen sagt: *ex edicto* et postulari et fieri solent (ad Attic. VI. 1.);

Digitized by Google

ertheilte bonorum possessio vor; sondern es finden sich auch schon die Anfänge des auf Grund der b. p. der Cognation geltend gemachten materiellen Notherbenrechts, woraus dann in der classischen Zeit die b. p. litis ordinandae gratiae sich entwickelt hat[10]). So kann also auch bereits zu Cicero's Zeit diese sine testamento und sine lege proponirte b. p. dazu verwendet worden sein, um [wozu auch noch Gaius III. 28. die b. p. unde cognati für verwendbar erklärt] den beim Wegfall des proximus agnatus im Bereich der legitimi nicht zur Erbschaft gelassenen entfernteren Agnaten auf Grund seiner Cognation zu den bona gelangen zu lassen[11]).

praetor *ex edicto suo* mihi dedit (ad fam. 7. 21.); bonorum possessionem *ex edicto suo* P. Scipioni dedisset (Fragm. or. I. pr. C. Corn.). Im Edicte muß also bereits zu Cicero's Zeit ein Passus gestanden haben, auf Grund dessen die Cognaten die bonorum possessio als ein edictales Recht in Anspruch nehmen konnten. Bd. I. dieser Serie S. 69.

10) Bd. I. dieser Serie S. 69—76; vgl. unten Ziff. 45.

11) Gust. Hartmann a. a. O. S. 535. meint, es könne die Ciceronische Stelle aus den Or. part. von der sine testamento und sine lege gegebenen b. p. „ganz ebensowohl von einer decretalis bonorum possessio, das edictum, wodurch sie verliehen wird, als von einem Specialausspruch des Prätors verstanden werden." Ich frage aber dem gegenüber: was überhaupt damit gewonnen wird, wenn man sich zu Cicero's Zeit die Elemente der nicht ex testamento und ex lege ertheilten, also überhaupt der außerconfirmatorischen b. p., noch so unentwickelt denken will, daß namentlich den Cognaten gar kein edictaler Anspruch auf b. p. zugestanden hätte; und ferner: ob Hartmann die

Digitized by Google

2. Die Aufgabe des vorliegenden §. wird eine doppelte sein. Einestheils sind die original-prätorischen Rechtselemente, welche in Verbindung mit dem confirmatorischen Stamm der b. p. in der classischen Zeit das sehr detaillirte System der b. p. ausmachen, in ihrem dogmatischen Begriffsgehalte dem Civilrecht gegenüber sorgfältig zu prüfen (Ziff. 2—19). Anderntheils ist (Ziff. 20—46) die Gesammtheit der Regeln über die Handhabung des ganzen, confirmatorische wie außerconfirmatorische Elemente enthaltenden, Systems der b. p., so wie sie in den Digesten Aufnahme gefunden haben, zur Darstellung zu bringen.

I. Die außerconfirmatorischen Rechtselemente der bonorum possessio sind dreifacher Art. Es sind hinter die confirmatorische Klasse der legitimi, in welcher der suus heres und die agnati zur bonorum possessio gerufen werden [und in welcher anfangs hinter den agnati auch noch die gentiles einen Anspruch auf die b. p. hatten, der von Cicero in dem Minucischen Falle erwähnt wird, fortan aber, wegen des Wegfalls des gentilicischen Rechts schon in der classischen Zeit, keiner Berücksichtigung mehr bedarf [12])], die bonorum possessiones unde cognati und unde vir et uxor gestellt worden. Diese beiden Klassen heißen suppletorische. — Es sind vor die confirmatorische b. p. secundum tabulas die contra tabulas bonorum possessio, und ab intestato vor die confirmatorische Klasse der legi-

Ciceronischen Worte pro Cluent. 60. „*praetoris edicto* datam" (A. 9.) wirklich ungezwungen mit: „durch prätorischen Specialausspruch ertheilte b. p." glaubt übersetzen zu können?

12) Vgl. Bd. I. dieser Serie S. 51. — Gai. III. 17. Coll. XVI. 3. §. 3.

Digitized by Google

timi die bonorum possessio unde liberi geschoben worden. Diese beiden Klassen heißen correctorische. — Es ist im Gebiete der secundum tabulas bonorum possessio, außer dem confirmatorischen Inhalte dieser Klasse, in einer Reihe von Fällen die Aufrechthaltung testamentarischer Verfügungen, die nach Civilrecht nicht haltbar gewesen sein würden, vom Prätor festgestellt worden. Dieses Rechtselement, das äußerlich keine eigene Klasse bildet, also zunächst in der im Allgemeinen als confirmatorische Klasse bezeichneten secundum tabulas bonorum possessio gleichsam absorbirt wird, bezeichnet das römische Recht zum Unterschiede von den impugnatorischen (oder correctorischen) Klassen mit dem allgemeineren (auch das suppletorische [13]) mitumfassenden) Ausdruck des emendatorischen [14]).

13) Gai. III. 25. stellt in den Worten: „sed hae iuris iniquitates edicto praetoris *emendatae* sunt" auch sogar die correctorische b. p. unde liberi (III. 26.) mit unter den allgemeinen Begriff der Emendation; s. darüber meine Bon. Poss. II. 1. S. 31. A. 5. u. S. 34. 35.

14) Pr. J. de b. p. 3. 9... Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor *emendavit* sicut supra dictum est, sed *in eorum quoque qui testamento facto decesserint.* . . . . §. 1. Aliquando tamen *neque emendandi neque impugnandi veteris iuris*, sed magis *confirmandi gratia* pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque qui *recte facto* testamento heredes instituti sunt, cet. — Vgl. über das emendatorische Element in der b. p. auch Bd. I. dieser Serie S. 5 ff. S. 108. und meine Bon. Poss. II. 1. S. 28 ff.) — Auf die Charakterisirung der besonderen bei der Succession in das Vermögen eines Freigelassenen hervortretenden Klassen gehe ich hier noch nicht ein.

Digitized by Google

Ueber die Zeit, wann sich diese verschiedenen Elemente allmälig aneinandergeschlossen haben, ist wenig Sicheres zu constatiren. Gewiß ist: daß, wie so eben besprochen worden, zu Cicero's Zeit eine über die confirmatorischen Klassen hinausliegende bonorum possessio (quae sine testamento und sine lege datur) bereits existirte und insbesondere an Cognaten gegeben wurde; gewiß ist ferner: daß schon zu Labeo's Zeit die c. t. b. p. liberorum existirte, indem derselbe die c. t. commisso per alium edicto erwähnt [15]); daß Labeo auch die c. t. b. p. des Patrons kennt [16]), sowie daß diese letztere b. p. älter ist als die lex Papia [17]). Sicher ist endlich, daß die an das System

15) Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t. 37. 4: In adoptionem datos filios non summoveri *praetor voluit*, modo heredes instituti sint; *et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait.* Vgl. Huschke, Richt. Jahrb. 1839. S. 18.

16) Fr. 51. de bon. libert. 38. 3.

17) §. 2. J. de succ. lib. 3. 7: *Postea* lege Papia adaucta sunt iura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. — Wenn gleich die c. t. b. p. des Patrons beschränkt ist durch das Recht der Kinder des Freigelassenen und insbesondere deren c. t. p. b., so ist daraus (§. 1. J. in fin. l. c.) doch kein sicherer Schluß zu ziehen, daß die letztere c. t. älter sei, als die erstere. — Huschke (Richter'sche Jahrb. 1839. S. 18.) und Schmidt (d. form. Recht der Notherben 1862. S. 70. A. 11.) machen noch insbesondere darauf aufmerksam, daß die c. t. b. p. des Patrons auch schon vor dem Jahre 680 bestanden haben müsse. Schmidt's Schluß aber, daß, da diese c. t. auch dem filius emancipatus des Patrons zustand, die c. t. b. p. liberorum (emancipatorum) schon älter gewesen sein müsse, ist keineswegs zwingend. Die c. t. des Patrons ist

Digitized by Google

der b. p. angelehnten provisorischen Besitzeinweisungen: die Carboniana und ventris nomine ebenfalls bereits der Labeo'schen Zeit angehören [18]).

Ungewiß dagegen ist insbesondere: wann im Gebiete der sec. tab. b. p. die (im Bd. I. bereits dargestellte) positiv selbständige Vorschrift über die Signation mit 7 Siegeln, die wohl den Anfang zur Entwickelung eines vom Civilrecht abweichenden testamentarischen Rechtsgebiets gebildet hat, in's Edict gekommen ist; wann sich aus der zu Cicero's Zeit noch so generell formulirten außerconfirmatorischen b. p. (quae sine testamento und sine lege datur) die suppletorischen Klassen unde cognati und unde vir et uxor fixirt haben; wann im Genaueren die correctorischen bonorum possessiones der liberi (contra tabulas und ab intestato: unde liberi) eingeführt worden sind [19]).

historische Folge der operarum et societatis actio, *(imago societatis induxit eiusdem partis praestationem*, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, *id post mortem praestaret*, fr. 1. de bon. libert. 38. 2.), sie hat deßhalb auch die ganz andere Grundvoraussetzung, daß die Erbschaft erworben sein muß (fr. 3. §. 5. de bon. lib.); nicht: imago c. t. b. possessionis liberorum induxit c. t. b. possessionem patroni.

18) Fr. 9. de Carb. ed. 37. 10: Quod *Labeo scribit*, quoties suppositus esse dicitur pupillus cum quo de patris eius hereditate controversia est, *curare praetorem debere*, ut is in possessione sit, cet. — Fr. 1. §. 24. de ventre in poss. mitt. 37. 9: *Servius aiebat.* §. 25. *Idem ait.* §. 28.: de suo eam id consumsisse *Labeo ait.*

19) Rücksichtlich der Entstehung der c. t. b. p. liberorum ist Schmidt (das formelle Recht der Notherben

Digitized by Google

Jedenfalls alles Wesentliche des Systems der b. p. liegt [und zwar wohl seit der Zeit des Augustus]

S. 66. 68. folgender Ansicht: 1) eine b. p. c. t. zu Gunsten der sui heredes sei wahrscheinlich so früh vorhanden gewesen, als es überhaupt eine b. p. gab. — Dies hängt zusammen mit Schmidt's Meinung, die b. p. wäre eingeführt worden des heres wegen, um insbesondere den wahrscheinlichen heres durch Int. quor. bon. in den Besitz der corp. hereditaria zu setzen (vgl. Bd. I. dieser Serie S. 163. A. 48.); fällt aber auch mit dieser Meinung. 2) Die eigentliche, correctorisch auch die emancipati aufnehmende c. t. b. p. liberorum bestand nach Schmidt's Dafürhalten schon zu Cicero's Zeit. Zu dem Ende übersetzt er das zweimal in dem ursprünglichen Edict vorkommende: *potissimum* (vgl. Bd. I. S. 76.) nicht im Sinne von: *prae ceteris*, sondern [eben so wie Huschke a. a. O. S. 17. und Hingst; vgl. Bd. I. S. 78. A. 67.] mit „in der Regel"; so daß damit auch Ausnahmen zugelassen worden seien: „welche anderen Ausnahmen können das füglich sein, als die in der b. p. c. t. und in der Intestatklasse unde liberi ausgesprochenen?" [die nach Schmidt den Schluß des Edictspassus bildeten]. — Ich halte dies für ganz unzulässig. Dann hätte Verres gar keinen Zusatz, worin er den berief: qui dicet testamentum factum esse, nöthig gehabt, indem er einfach sagen konnte, das „in der Regel" des Edicts lasse auch noch die Ausnahme einer, auf Grund eines nicht proferirten, aber doch als existirend behaupteten Testamentes ertheilten b. p. zu. Dann hätte aber auch Cicero's Argumentation ganz anders lauten müssen. — Mit dem Edict, wie es zu Cicero's Zeit gefaßt war, halte ich den Bestand einer c. t. und unde liberi b. p. für unvereinbar, ohne diese aber damit für Schöpfungen des Kaisers Augustus zu erklären (wie dies Fabricius B. P. S. 94. 95. annimmt.)

Digitized by Google

in den Schriften der juriſtiſchen Claſſiker, wie ſie in die Digeſten Aufnahme gefunden haben, und der von ihnen Citirten als ein feſtſtehendes Ganze vor [20]).

Das für uns Wichtigſte zum Verſtändniß dieſes Ganzen iſt die genaue Sonderung der dogmatiſchen Begriffe, unter denen die verſchiedenen theils confirmatoriſchen, theils ſuppletoriſchen, theils correctoriſchen, theils endlich teſtamentariſch-emendatoriſchen Elemente des Syſtems ſowohl unter ſich, wie auch gegenüber dem ſich lediglich auf Civilrecht ſtützenden heres ſtehen. Hiezu gehe ich jetzt über [21]).

3. — A. Wie ſich neben den confirmatoriſchen Klaſſen [innerhalb deren die Stellung des bonorum possessor an ſich, und gegenüber einem anderen heres, im erſten Bande geprüft worden iſt] die ſuppletoriſchen Klaſſen: unde cognati und unde vir et uxor in ſich ſelbſt und in Gegenſatz zu einem anderweiten heres verhalten, iſt ſehr einfach verſtändlich und mit wenigen Worten zu erledigen.

Wenn der Prätor (sine testamento und sine lege) hinter den *legitimi* den Cognaten und dem

20) Beſonders hervorgehobene Ausnahme: die nova clausula; fr. 1. §. 13. de ventre in poss. mitt. 37. 9: namque natus solet patri *ex novo edicto* iungi; fr. 3. de coniungend. cum em. lib. 37. 8: simul cum eo bonorum possessionem accipere posset *propter id caput edicti quod a Juliano introductum est, id est ex nova clausula.*

21) Auf das Specialdetail der einzelnen Klaſſen habe ich mich dabei nicht einzulaſſen, ſo weit es nicht zum Verſtändniß der hier in's Auge zu faſſenden Fragen unentbehrlich iſt.

Digitized by Google

überlebenden Ehegatten die bon. poss. zusagt, so ist das innerlich ganz gleichen Effectes, als wie ihn der erste emendatorische Schritt, den der Prätor gethan hatte, enthielt. Der erste Schritt war gewesen, daß der Prätor sagte: „ich werde dem scriptus heres zunächst die b. p. geben, bei ihrer Nichterbittung aber, auch wenn der *scriptus heres* vorhanden ist, dem legitimus.“ Ist aber der scriptus vorhanden, so ist der legitimus ein *non heres*. Ganz derselbe Gedankengang liegt in den suppletorischen Klassen: „ich gebe zunächst die b. p. den confirmatorischen Klassen; wenn aber hier keine erbeten wird, so gebe ich, auch wenn in den confirmatorischen Klassen ein *heres* vorhanden ist, die b. p. weiter den suppletorischen Klassen, also an *non heredes*.“ Dabei ist nur der Unterschied, daß die suppletorischen Klassen unter allen Umständen, also auch beim Nichtvorhandensein der vorhergehenden Klassen, non heredes sind.

So beurtheilt sich denn auch das Resultat, ob die b. p. cum re oder sine re ist, ganz nach gleichen Gesichtspunkten, wie sie schon innerhalb der confirmatorischen Klassen bestehen. Deßhalb konnte diese Frage bereits in die Darstellung des ersten Theils (S. 346 ff.) mit aufgenommen werden. Gaius sagt es ausdrücklich, daß zwischen den Fällen des sine re-Werdens innerhalb der confirmatorischen Klassen und denen der suppletorischen eadem ratio besteht [22]).

22) Gai. III. 37: *et huic convenienter*, si ad agnatum iure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem sed bonorum possessionem petere noluerit, *et sic quis ex proximis cognatis petierit*, sine re habebit bonorum possessionem *propter eandem rationem*. Vgl. Bd. I. dieser Serie S. 312—315. — Wir kön-

Digitized by Google

4. — B. Viel schwieriger gestaltet sich die Frage, welche practische Stellung der bonorum possessor im Gesammtsysteme des Erbrechts der classischen Zeit einnimmt, und in welchem Verhältniß zu ihm der heres steht, bei den correctorischen Klassen: contra tabulas und unde liberi [23]). Es wird sich zeigen, daß die in dieser Hinsicht jetzt herrschenden Ansichten keineswegs richtig sind, daß sie auch nicht auf voller Kenntniß des in Betracht kommenden Quellenmaterials ruhen. Die Frage ist eine so entscheidend wichtige für das Verständniß des ganzen Erbrechts, daß sie eine sorgfältig umfassende Darstellung fordert.

So Viel ist sicher: die c. t. b. p. liberorum ist vom Prätor im erbrechtlichen System vor die bis dahin erste Klasse secundum tabulas, und die unde liberi vor die bis dahin erste Intestatklasse unde legitimi gestellt worden. Aber die Frage wird sein, was dieses Vorgestelltsein eigentlich zu bedeuten habe. Wenn wir darauf die Antwort suchen, so ist im Voraus zu bemerken, daß uns speciell in Betreff der b. p. unde liberi die Quellen keine Auskunft geben, dagegen rücksichtlich der c. t. b. p. recht reichlich fließen. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß, soweit überhaupt bei beiden die Fragen parallel stehen, das bei der c. t.

nen diese Frage hier auch kurz so beantworten: Der heres hat gegen den hinter ihm stehenden bonorum possessor jedenfalls Klage (her. pet.) und gegen die Klagen des bonorum possessor möglicherweise (denn s. Bd. I. S. 405. 406.) auch schon *exceptio*. — Einen besonderen hieher gehörigen Punkt verschiebe ich auf eine spätere Gelegenheit; s. Ziff. 14 hinter A. 4.

23) Vgl. v. Löhr Mag. III. S. 296 ff.

Digitized by Google

Geltende einfach auch für die b. p. unde liberi zur Anwendung komme. Ich rede also fortan nur von der c. t. b. p. —

Wenn man von einer *vor* einer anderen stehenden Erbklasse redet, so steht es fest, daß dies im vollen Wortsinne genommen heißen würde: insoweit die frühere Klasse *vorhanden* ist und ihr Erbrecht geltend macht, insoweit ist die nachstehende Klasse noch unberechtigt, und also auch deren Antretungshandlung völlig *nichtig*. Daß in diesem Sinne nicht die c. t. b. p. *vor* der testamentarischen Succession (civiles und prätorisches Testamentenrecht zusammengefaßt) steht, ist gar keinem Bedenken unterworfen. Es ist in zu vielen und allgemein bekannten Stellen ausgesprochen, daß die Stellung der c. t. zur testamentarischen Succession eine andere sei, als daß man dies hätte verkennen können [24]). Die römischen Juristen sagen: die c. t. setzt in soweit gerade die testamentarische Succession voraus, daß jene nur gegen *ein solches Testament* gegeben wird, *aus dem ein civiler oder prätorischer Erbschaftserwerb möglich ist* [25]). Mehr wie die Möglichkeit dieses Erwerbes wird aber nicht erfordert, so daß es für die semel nata c. t. b. p. gleichgültig ist, wenn hinterdrein der testamentarische Erbschaftserwerb

24) Ob sich speciell aus der recipirenden Thätigkeit der Compilatoren für diese Frage ein anderes Resultat gewinnen lasse, bleibt hier noch unberücksichtigt; s. darüber Ziff. 54.

25) Fr. 10. §. 2. de legat. praest. (37. 5.): quodsi neque ex primo neque ex secundo gradu quisquam in rebus fuerit humanis cum testator moritur, *tum ab intestato magis bonorum possessionem praeterito filio competere* nec legata cuiquam praestanda.

Digitized by Google

nicht erfolgt oder auch nicht erfolgen kann. Die Römer haben bekanntlich dieſen Satz mit einer Art von Sprichwort bezeichnet, indem ſie ſagen: die c. t. b. p. gehe contra lignum [26]).

26) Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. 37. 4: A primo gradu praeteritus est filius, a secundo exheredatus. *si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris*, dicendum est c. t. b. possessionem praeteritum petere non posse: hereditas enim in secundo gradu versatur, non in primo, *ex quo neque adiri hereditas neque b. p. peti potest.* sed si post mortem testatoris decesserint heredes scripti, idem Marcellus putat c. t. b. possessionem *semel natam* competere. fr. 10. §. 1. eod.: *nec* [enim] *exigimus, ut adeat hereditatem*, sed sufficit ut ei delata sit acquirique possit. fr. 12. §. 1 eod.: recte petet b. possessionem, *si remoto* [quoque] *filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes.* fr. 8. §. 1. eod.: Aliqua parte tabularum exheredem scribi non sufficit, sed *eo gradu contra quem petitur b. p.* unde si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus et *primo gradu scripti non petierint* b. possessionem, poterit c. t. accipere b. possessionem. fr. 8. §. 4. eod.: Si exheredatus sit filius et institutus, *optinente eo gradu in quo institutus est.* §. 13. eod.: si *eo gradu* heres scriptus sit, *contra quem peti potest* b. p. fr. 10. §. 2. de legat. praest. 37. 5: quod *si post mortem testatoris ante aditam hereditatem instituti decesserint*, contra ipsos quidem videri petitam. fr. 7. §. 6. de Carb. ed. 37. 10: si non c. t. petit b. possessionem sed ab intestato unde liberi, *quia neget tabulas testamenti patris tales esse, ut secundum eas b. p. dari possit.* — fr. 19. de b. p. c. t. (Tryphonin.). Quod *volgo dicitur:* liberis datam b. possessionem *contra lignum* esse, sic intelligen-

Digitized by Google

Anknüpfend an diese Sätze geht die jetzt herrschende Ansicht [im Gegensatz zu der früher vielfach verbreiteten Meinung, daß durch die c. t. b. p. die Intestatsuccession eröffnet werde [27])] von dem Gesichtspunkte aus, daß die c. t. zunächst den Bestand eines gültigen Testamentes zur Voraussetzung nehme, daß aber dann die ertheilte c. t b. p. die „Aufhebung" dieses Testamentes (mit Ausnahme gewisser aus besonderen Gründen aufrechterhaltener Bestimmungen) zur Folge habe. „Das Testament", sagt Göschen (Vorlesungen III. 2. 1840. S. 524.) „wird durch die gegen dasselbe agnoscirte b. p. aufgehoben. . . . Wir sind ausgegangen von dem Princip: das Testament ist als aufgehoben zu betrachten. Dieses Princip unterliegt indessen manchen Beschränkungen." — „Im Falle einer Präterition" sagt Walter R. R. G. 2. Aufl. II. S. 267. „trat an die Stelle der testamentarischen Erbeinsetzung die Delation aus jenem Edict. Uebrigens wurde aber das Testament nicht wie nach dem Civilrecht schlechthin als null betrachtet, sondern es blieb noch im Hintergrunde bestehen. Wenn daher der präterirte Emancipirte sich

dum est, ut *sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas b. p. peti potuit quamvis neutrum eorum postea secutum sit vel* [modo? Mommsen] *sequi potuit.* nam si vel omnes instituti substitutique ante testatorem decesserint vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est quae sine effectu foret.

27) Glück in diesem Commentar VII. S. 290 312. — S. darüber Francke Recht der Notherben S. 136.; Mühlenbruch in diesem Commentar XXXVII. S. 45. — Vgl. auch meine Bon. Poss. II. 2. S. 408. A. 1.

Digitized by Google

seines Rechtes nicht bediente, so konnte der eingesetzte Erbe antreten. Auch wurden, selbst wenn er sich dessen bediente, gewisse Punkte des Testamentes aufrecht erhalten." Es ist gewiß nicht passend, meint Mühlenbruch [Commentar XXXVII. S. 50. 51. (2. Aufl. 1844.)] „daß Justinian in §. 3. J. de b. p. die c. t. p. b. eine b. p. *ex testamento* nennt. . . Gerade umgekehrt würde man sie eher eine Intestatsuccession nennen können, die einen Theil der testamentarischen Succession in sich aufgenommen. Denn die dazu berufenen Personen . . . rescindiren das Testament, mit Ausnahme einzelner besonders bestimmter Punkte völlig [28]). — Inzwischen hatte Fabricius (Bon. Poss. 1837. S. 90. 91.), als das formelle Mittel „um der beabsichtigten neuen Erbfolgeordnung practische Wirk-

28) An anderen Stellen bezeichnet dies Mühlenbruch folgendermaßen: S. 17: „die c. t. b. p. hebt das Recht des eingesetzten Erben auf; von sonstigen Anordnungen des Testaments kann manches bei Kräften bleiben"; S. 18: „es wird das Testament seinem ganzen Inhalte nach zerstört, insoweit nicht ausnahmsweise einzelne Bestimmungen gültig bleiben"; S. 33: die c. t. b. p. schließt den civilrechtlichen Erben vollständig aus. — Ueber die Auffassung von Francke Recht der Notherben (1831.) s. unten zu Ziff. 12. a. E. — Meine eigene Darstellung in meiner Bon. Poss. II. 1. (1848.) S. 30., 115—127., 133—138., 175—179. stimmte mit der herrschenden Ansicht im Wesentlichen überein, ich halte sie jetzt also auch für unrichtig, so gut wie die Fassung Vangerow's, der [Pand. II. (1854.) S. 281.] sich so ausdrückt: die Regel, daß der Inhalt des Testaments durch die c. t. b. p. aufgehoben werde, leidet mehrfache Ausnahmen."

Digitized by Google

samkeit zu verschaffen" und „um dem Civilrecht zu derogiren", die Denegation der Klagen des scriptus heres vermuthet; „die Clausel: in eum, cui ex hoc capite edicti hereditatis possessionem dedero, petitionem denegabo war hinreichend, den Civilerben auszuschließen."

Nachdem hiegegen Huschke a. a. O. (1839.) S. 18. 19., als gegen „ein Mißverständniß der Stellung des Prätors gegen das Civilrecht" Widerspruch erhoben hatte, ist die Fabricius'sche Ansicht in neuerer Zeit wieder von Schmidt (form. R. der Notherben 1862. S. 97.), unter Festhaltung der herrschenden Anschauung über die Wirkung der c. t., vertheidigt worden: „daß sie nach prätorischer Auffassung gemäß ihrem Namen . . . überall ein gültiges Testament außer practischer Wirksamkeit setzt, und daß demgemäß der Regel nach weder die Erbeseinsetzungen noch die Vermächtnisse zur Ausführung kommen, denegantur actiones". — Gleichartig sagt auch Keller (Pand. 1861. S. 964): „durch die b. p. c. t. wird im Ganzen die Wirksamkeit des Testamentes aufgehoben", und Windscheid [Pand. III. (1869.) S. 133]: „durch Ertheilung der b. p. c. t. wird das Testament (nicht seinem ganzen Inhalte nach) beseitigt"[29]).

5. Gegenüber dieser Auffassung bin ich der Ansicht, daß sich die Stellung der c. t. im Erbrechtssystem einfach und lediglich in folgendem Satze ausspricht:

29) Durch die von mir in Klammer geschlossenen Worte wird auf die nachfolgend erwähnten Zuwendungen an coniunctae personae und Pupillarsubstitutionen gedeutet.

Digitized by Google

die c. t. ist gegenüber dem testamentarischen Erben vom Prätor für cum re[30]) erklärt worden: d. h. die Klagen des b. possessor sollen auch gegen den scriptus heres durchführbar sein; und umgekehrt: gegen die Klagen des scriptus heres (und anderer durch ihre Ansprüche das Vermögen materiell verringernder Personen) hat der c. t. b. possessor (und andere durch ihn Betheiligte) Vertheidigungsmittel. Im Uebrigen verbleibt es ganz bei den gewöhnlichen über die juristische Gültigkeit des Testaments bestehenden Rechtssätzen und deren Consequenzen, wonach die Antretung wie die Ausschlagung des scriptus heres in den verschiedensten Rechtswirkungen hervortritt, die mithin das Testament keineswegs als durch die c. t. „aufgehoben" erscheinen lassen.

Hierin liegt: einen besonderen prätorischen Rechtssatz, der dem scriptus heres seine Klagen in dem Sinne denegirt, daß damit seine Erbantretung zu einer practisch wirkungslosen gemacht werde, hat es nie gegeben. Der scriptus heres kann noch immer gültig antreten, und seine Antretung hat alle regulären Consequenzen der Antretung. Nur freilich, da der b. possessor in die Lage versetzt worden ist, ihm das Vermögen abzuholen, so wird dem heres für gewöhnlich die Erbschaft interesselos werden, also er wird die Erbschaft meist ausschlagen. Dann aber wirkt auch wieder die Ausschlagung, wenngleich sie nicht mehr die abgeschlossene Thatsache der semel nata c. t. b. p. rückgängig machen kann, im Uebrigen mit ihren Consequenzen auf die c. t. zurück. Umgekehrt wenn der scriptus heres

30) Fr. 5. §. 1. de b. p. sec. tab. 37. 11: quasi c. t. b. possessione accepta *rem habere.*

Digitized by Google

antritt, so treten alle Folgen der Antretung auch für die c. t. b. p. zu Tage. Also der heres hat zunächst de iure alle Klagen und Rechte aus dem Erbewerden. Es können auch gegen ihn alle Rechte und Klagen geltend gemacht werden; nur daß dies Alles unter dem Bann der aus der mortis tempore semel nata c. t. b. p. hervorgehenden exceptio steht, die soweit das Interesse des c. t. b. possessor reicht, den heres in allen Ausflüssen des Erbrechts, da sie auf den c. t. b. possessor übergehen sollen, so stellt, als wenn sie ihm (dem *heres*) nicht zuständen.

Diese exceptio muß, da die c. t. schon seit dem mortis tempus nata ist, um des etwa bedrohten Interesses der Betheiligten willen vor der wirklichen Erbittung der c. t. b. p. zuständig sein. Abgesehen aber von dieser exceptio ist die Stellung des b. possessor zum antretenden heres ganz ähnlich der des Universalfideicommissars zum Fiduciar[31]). Jener, der bonorum possessor, ist durch den Prätor in die Lage gesetzt, dem heres das Vermögen abzuholen[32]). Wenn er es thut, so geschieht es nicht von dem Gesichtspunkte aus, daß dem Erben seine Erbenstellung juristisch denegirt wäre, sondern umgekehrt auf Grund dieser Erben-

31) Viel zu weit geht andererseits v. Löhr Mag. III S. 221., der nicht bloß den correctorisch dem heres gegenüberstehenden b. possessor (wenn der heres angetreten hat), sondern überhaupt jeden b. possessor non heres mit dem Universalfideicommissar als „sehr ähnlich" paralleliſiren will.

32) Das Int. quor. bon. geht auch gegen den *heres*, und dies hatte gerade vorzugsweise für die correctorischen Klassen Bedeutung; s. Bd. I. dieser Serie S. 404. 405.

Digitized by Google

stellung (ex testamento), weil dem heres die Verpflichtung aufgelegt worden ist, alle Rechte der hereditas an den b. possessor non heres übergehen zu lassen. Der große Unterschied vom Universalfideicommiß ist nur, daß der heres nicht zur Antretung gezwungen werden kann. Deßhalb hat denn eben der mit dem Rechte der Vermögenswegnahme bekleidete b. possessor mit seiner semel nata b. p. die doppelte Möglichkeit vor sich, daß er entweder einen heres sich gegenüber haben wird oder daß dieser ganz fehlt. In jeder Hinsicht aber ist festzuhalten, daß dem c. t. b. possessor nur ein von seiner Agnition abhängiges Recht des *cum re*-Seins gegenüber dem Testament gegeben ist. So weit er dies Recht nicht ausübt, bleibt es ganz bei der gewöhnlichen Wirksamkeit der testamentarischen Succession.

6. Ich gehe jetzt auf den Quellennachweis der in Ziff. 5. aufgestellten Sätze ein.

1) Zunächst die *exceptio*, unter deren Bann der heres steht, kommt in den Quellen mehrfach zur Erwähnung.

a) Sie zeigt von vorn herein, indem sie direct vom c. t. b. possessor, ehe er sich die b. p. erbeten hat, dem scriptus heres entgegengesetzt werden kann, daß zuvörderst der antretende *heres* durchaus die *actiones* hat, und daß das Wesen des Schutzes des bonorum possessor sich gar nicht wesentlich in der Denegation der Klagen des heres concentrirt [33]).

33) So faßt es Fabricius a. a. O. S. 90, der die Denegation der Klagen als das „Mittel" bezeichnet „um der beabsichtigten neuen Erbfolgeordnung practische Wirksamkeit zu verschaffen."

Digitized by Google

Fr. 15. de b. p. c. t. 37. 4. (Marcianus): Si praeteritus filius emancipatus [Mommsen: „ex testamento“ similiave exciderunt?] exceptionem doli mali *agenti heredi patris* opposuerit de eo quod patri debuit, non posse eum c. t. b. possessionem petere existimo: nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem [34]). quod ita intelligendum est, *si heredem petentem debitum* noluerit filius repellere *illa exceptione „si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest,“* sed magis doli exceptione usus est.

Im Gegensatz zu der vermeintlichen bloßen Denegation der Klagen für den heres wirkt die Aufstellung dieser exceptio andersartig. Sie schützt den Notherben schon seitdem die c. t. b. p. semel nata ist, andererseits aber überläßt sie es noch ganz dem Willen des Präterirten, ob er sich nicht etwa gegenüber der angestellten Klage des heres materiell durch doli exceptio auf das fragliche Rechtsverhältniß einläßt, in welchem Fall er durch die darin liegende Comprobation der voluntas testatoris [35]) überhaupt von der c. t. b. p. ausgeschlossen ist.

34) Vgl. fr. 50. §. 6. de bon. lib. 38. 2: Si debenti patrono certam pecuniam liberationem libertus reliquisset, isque *usus est adversus heredem petentem debitum doli exceptione* aut acceptilatione liberatus est debito propter legatum, dicendum est eum non posse accipere c. t. b. possessionem.

35) Fr. 3. §. 15. 16., fr. 18. §. 1. de b. p. c. t. 37. 4.; fr. 5. §. 2. 3. de legat. praest. 37. 5. — Hieraus erklärt sich auch die Entscheidung des fr. 27. §. 12. ad Sc. Trebell. 36. 1: Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi debet adire et re-

Digitized by Google

b) Die exceptio: „si non c. t. b. p. filio dari potest“ ist aber nicht bloß ein Schutzmittel des Notherben gegen den scriptus heres. Sie sichert ebenso auch den antretenden heres, wenn er in dieser seiner Eigenschaft als Erbe von Gläubigern in Anspruch genommen wird, denen er sich wegen des möglichen Auftretens des Notherben noch zu entziehen ein Interesse hat.

Fr. 2. de exc. rei iud. 44. 2. (Ulp.) [36]: Qui *cum herede eius egit* qui filium [emancipatum] praeterierat, et exceptione summotus est: „ac si non in ea causa sint tabulae testamenti ut contra eas bonorum possessio dari possit“: omittente emancipato filio bonorum possessionem non inique restituetur ut agat cum herede; et ita Julianus libro quarto Dig. scripsit.

Diese Stelle des Julian aus seinem vierten Buche der Digesten haben wir als fr. 15. de o. et a. 44. 7; und zwar ist Julian's Ausspruch noch lehrreicher, indem er zugleich das Princip angiebt, unter dem der heres steht, so lange die Ertheilung einer c. t. b. p. erwartet wird: nam *quamdiu contra tabulas bonorum possessio filio dari potest, heres quodammodo debitor non est.* Also in dieser Zeit der Ungewißheit, ob derjenige auftreten wird, der berechtigt ist, dem scriptus das Vermögen wegzunehmen, — soll er denn auch in den aus dem Erbewerden hervorgehenden Pflichten einstweilen gesichert sein.

stituere, quamvis filius c. t. b. possessionem accipere possit; indem nämlich dann der filius mit Annahme des Fideicommisses verhindert wird, die c. t. b. p. geltend zu machen.

36) Vgl. auch Keller's Litiscontestation S. 578.

Digitized by Google

Aber dies kann doch nur gelten, wenn durch diese Hinausschiebung nicht ein unwiederbringlicher Schaden der Erbschaft geschehen würde, der ja doch, an wen auch schließlich die Erbschaft gelangen wird, eines Jeden Interesse verletzen müßte. In solchem Falle tritt daher die volle Belangbarkeit des heres wieder ohne Hinderniß hervor:

Fr. 51. (49.) ad Sc. Trebell. 36. 1. (Pap.): Cum hereditas ex Trebelliano Scto restituitur, *si res urgeat et metus erit, ne per absentiam forte fideicommissarii dies actionis exeat, heres iudicium suscipere cogitur.* §. 1. *Similique modo filio de possessione contra tabulas deliberante heres a creditoribus hereditariis convenitur.*

Es ist hier in der bestimmtesten Weise der juristische Parallelismus zwischen der Stellung von Universalfideicommissar und heres einerseits, und der von c. t. b. possessor und heres andererseits ausgesprochen. Und in der That ist auch in dieser Hinsicht in beiden Fällen die Position des mit Abholung des Vermögens bedrohten heres eine ganz gleichartige.

c) Die im Allgemeinen während der Zeit der Ungewißheit die Angelegenheiten der Erbschaft in der Schwebe haltende exceptio „si non c. t. b. p. dari potest" kann zu diesem Zweck endlich auch von den Erbschaftsschuldnern gegenüber dem klagenden heres verwendet werden.

Fr. 25. de bon. libert. 38. 2. (Julian.): Quamdiu patrono bonorum possessio partis debitae dari potest [37]), *exceptio debitoribus datur adversus*

37) Die Verwendbarkeit dieser Stelle auch für die Lehre von der c. t. b. p. liberorum wird man nicht bezweifeln.

Digitized by Google

heredem petentem: „si non in ea causa sit patronus, ut bonorum possessionem pro parte debita contra tabulas petere possit.“

7. — 2) Nehmen wir nun weiter an, daß neben dem antretenden heres der präterirte prätorische Notherbe die c. t. b. p. wirklich agnoscirt. Freilich liegt es nicht so, daß er dann ganz wie ein Universalfideicommissar nach der Restitution dem heres gegenüber stände. Die b. p. ist ex testamento, aber sie ist zugleich contra testamentum. Der Prätor will dem b. possessor, gegenüber dem zunächst vorhandenen Rechtsboden des *heres*, keineswegs bloß eine vom heres abgeleitete Stellung, sondern nach den besonderen notherbenrechtlichen Gesichtspunkten eine eigenartige Stellung, wodurch das materielle Vermögen dem b. possessor möglichst ungeschmälert zukommen soll, gewähren.

So weit daher etwas diesem eigenartigen Principe der c. t. b. p. zuwiderläuft, tritt der b. possesor nach der Agnition nicht im juristischen Sinn in die Stelle des heres [38]). Aber soweit es zu dem eigenen Principe der c. t. b. p. paßt, ist die Rechtsstellung, in der sich rücksichtlich des Ueberganges des materiellen Vermögens der antretende heres gegen den non heres (b. possessor) befindet, ganz der des heres zum Universalfideicommissar parallel.

Fr. 21. pr. de fideiuss. 46. 1. (African.):

38) Die c. t. b. p. wird überhaupt ihrem Entstehungsgrunde nach nie mittelbare Universalsuccession. Sie ist und bleibt, wie sie semel nata war, directe Universalsuccession, ruht also nicht auf der Antretung und dem Restitutionsacte des heres.

Digitized by Google

Heres a debitore hereditario fideiussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit: *fideiussoris obligationem in suo statu manere* ait, *idemque in hac causa servandum quod servaretur, cum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fideiussorem accepit. ideoque in utraque specie transeunt actiones.*

Also es ist nicht so, daß die Stellung des heres cassirt und nun, als ohne Rechtscontinuität, der b. possessor ihm gegenüber träte; sondern es findet ein Uebergang der *actiones* statt, gerade wie beim Universalfideicommiß. Dies führt noch in Betreff anderer Rechte folgende Stelle aus.

Fr. 13. pr. de b. p. c. t. 37. 4. (Julianus): Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti [39]) *cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem praetor heredis loco constituit* [40]).

39) Vgl. über diesen Ausdruck die (auch von der c. t. b. p. redende) l. 1. C. quor. bon. (v. Sever. u. Ant. 197): *hereditatem* eius, quem patrem tuum fuisse dicis, *petiturus* . . interdicto quorum bonorum . . possessor constitui poteris; vgl. Ziff. 49.

40) Schmidt a. a. O. S. 97., der diese Stelle kennt, findet gerade in der hier erwähnten Translation der Rechte das specifisch Eigenthümliche des in der c. t. liegenden correctorischen Elements. Er fügt zu der Stelle hinzu: „demnach läßt sich hier sagen: praetor corrigit ius civile." Und überdies soll diese Translation ein Kennzeichen sein, daß „zuweilen auch vom Standpunkt des civile ius aus be-

Digitized by Google

Daß der c. t. b. possessor alle materiellen commoda, loco heredis wie auch loco Dritter, an sich zieht, geht sogar so weit, daß er selbst das den aufrechterhaltenen Legaten obliegende conditionis implendae causa zu Zahlende an sich zieht.

Fr. 15. §. 4. de legat. praest. 37. 5. (Paul.): Si extraneo herede instituto sub hac conditione exceptae personae legatum sit, si *heredi* decem dederit, ita ei legatorum actio dabitur, si ei qui contra tabulas bonorum possessionem accepit dederit, non si heredi instituto, quia absurdum est illum commoda hereditatis habere alium onera sustinere in praestando legato. sed et si *Titio* iussus fuerit dare, non illi sed filio dare debet.

8. — 3) So wie für den c. t. b. possessor, indem er das Vermögen an sich zieht, ganz die gewöhn-

trachtet rescindit praetor per c. t. b. possessionem testamentum." — Aber kann man denn speciell in dem *transire* der *actiones* und Rechte auch beim Universalfideicommiß [mit dem hier die c. t. b. p. ganz parallel geht, und auf das die Stelle durch Hervorhebung des Vergleichungspunktes, in dem Universalfideicommissar und b. possessor zusammentreffen, hindeutet: fr. 46. (44.) §. 1. ad Sc. Trebell. 36. 1: nam et quodammodo in partem hereditatis senatus recipi voluit fideicommissarium et haberi *heredis loco*, pro qua parte ei restituta esset hereditas; vgl. auch fr. 70. (68.) pr. eod. „*heredis vice* fungi"; Gai. II. 251.] ein rescindirendes oder correctorisches Element finden? — Schmidt sieht nun auch (S. 100. A. 112.), wiederum als besonderes Kennzeichen des correctorischen Elements, in dieser Stelle die hereditatis petitio possessoria. Diese Frage lasse ich hier noch ausgesetzt (s. Ziff. 49.).

Digitized by Google

lichen Grundsätze, wie sie aus der vom heres vorgenommenen Antretung folgen, rücksichtlich des transire der Rechte zur Geltung kommen [41]), so verhält sich dies auch rücksichtlich der Frage, ob gewisse Nebenbestimmungen des Testaments gültig sind. Das Testament ist nicht aufgehoben, sondern gültig. Was in seinem rechtlichen Bestande von der Antretung des heres abhängig ist, bleibt dies auch bei erbetener c. t. b. p. Der heres bleibt heres, auch wenn ihm der b. possessor die commoda hereditatis, unter Uebernahme gewisser onera, abholt.

a) Rücksichtlich der Freiheitsertheilungen ist civilrechtliche Voraussetzung ihrer Gültigkeit, daß die testamentarische Erbschaft angetreten sein muß [42]).

41) Man darf also nicht mit Mühlenbruch Commentar XXXVII. S. 8—10. (speciell unter Berufung auf das fr. 13. pr. cit. sagen: „die c. t. b. p. hebt das Recht des eingesetzten Erben in der Regel vollständig auf;" „da die c. t. das Testament selbst zerstört;" „da die c. t. b. p. das Recht der eingesetzten Erben zerstört", — während vielmehr, wenn der heres angetreten hat, man für die c. t., wie beim Universalfideicommiß, sagen muß: §. 3. J. de fideic. her.): Restituta autem hereditate [agnita b. possessione] is quidem qui restituit [hereditatem adiit] *nihilominus heres permanet*, is vero qui recipit hereditatem [b. possessionem agnovit] . . *heredis* . . *loco* habetur.

42) Fr. 25. de manum. test. 40. 4. (Ulp.): Testamento liber esse iussus tum fit liber, *cum adita fuerit hereditas* qualibet ex parte, si modo ab eo gradu, quo liber esse iussus est, adita fuerit, et pure quis manumissus sit. fr. 11. §. 2; fr. 23. §. 1; fr. 58. eod.; fr. 17. pr. si quis om. causa 29. 4: nam li-

Digitized by Google

Dem ist indeß noch ein Fall practisch gleichgestellt, dessen Erklärung nicht ohne Bedenken erscheint. Wenn der testamentarische Erbe die Erbschaft ausschlägt, um sie ab intestato zu besitzen, so gilt dafür der Satz: praetorio iure perinde habetur, atque si ex testamento hereditatem adiisset; ut scriptus videtur hereditatem habere; praetor perinde in eum dat actionem, atque si adiisset hereditatem [43]). Unter diesen Gesichtspunkt stellt ein Fragment auch den ex testamento abstinirenden suus heres, welcher b. p. ab intestato erbittet [44]). Mit Rücksicht überhaupt auf diesen Nebenfall der omissa causa testamenti sagt das fr. 23. pr. de manumiss. test. bezüglich der Freiheitsertheilungen: testamento manumissus ita demum fit liber, ***si testamentum valeat et ex eo adita sit hereditas, vel si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem.*** Es scheint hiernach, daß bei der omissio causae testamenti, unter der gleichmäßig der ex testamento ausschlagende ex-

berum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, *licet eo modo legata libertatesque intercidunt.*

43) Fr. 18. pr.; fr. 23; fr. 24. §. 1. si quis omiss. causa.

44) Fr. 1. §. 7. si quis omiss. caus. (Ulp.): Qui sunt in potestate *statim heredes sunt ex testamento*, nec quod se abstinere possunt quiquam facit. quod si postea miscuerunt, ex testamento videntur heredes: nisi *si abstinuerint quidem se testamento*, verum ab intestato petierint bonorum possessionem: *hic enim incident in edictum.* Der Sinn der Stelle ist deutlich, wenn auch die Satzbildung verdreht ist. Einen Besserungsversuch s. in der Mommsen'schen Ausgabe.

Digitized by Google

traneus wie der *ex testamento* abstinirende *suus* steht, die Römer in Betreff der Freiheitsertheilungen folgende Argumentation aufgestellt hätten. Durch die Ausschlagung bez. Abstinenz ex testamento wird zunächst die Freiheitsertheilung civilrechtlich hinfällig (A. 42.), bez. in Folge des beneficium abstinendi prätorisch wirkungslos [45]), für diese beiden Fälle kommt sie erst wieder zu Kräften (fr. 23. pr. cit.: „liber fit") durch den prätorischen Rechtssatz, daß die Ausschlagung oder Abstinenz als nicht geschehen betrachtet und mittelst Fiction der Omittirende als ex testamento erbend betrachtet wird. Also der Sklave wird danach frei: unmittelbar auf Grund dieses prätorischen Rechtssatzes, mittelbar aber (da letzterer den testamentarischen Erbschaftserwerb durch Fiction feststellt) doch auf Grund des künstlich hergestellten testamentarischen Antretungsactes.

So ist nun aber doch nicht die römische Argumen-

45) Dieses Letztere läugnet freilich Schmidt S. 146: „es wird die einmal vorhandene Freiheit niemals rückgängig gemacht"; „nicht dadurch, daß der suus sich abstinirt." Aber die zwei von Schmidt hiefür zum Beweise citirten Stellen reden gar nicht von dieser Frage. Fr. 30. §. 10. de fideic. hered. [doch wohl libert.?] spricht mit §. 9. und 11. von dem Fall, daß „ei qui fideicommissam libertatem debuit, heres non extitit aut suus heres hereditate se abstinuit"; fr. 5; 21. §. 2. de fideic. libert. (vgl. Francke Beitr. S. 147. 148.) Das fr. 29. de manum. test. aber sagt, daß trotz des Auftretens eines verloren geglaubten präterirten Hauskindes und trotz Ungültigkeit des väterlichen Testaments die fünf Jahre lang in der Freiheit verweilenden testamentarisch Freigelassenen aus besonderem favor libertatis frei bleiben sollen.

Digitized by Google

tation. Der von Schmidt, wenn auch mit Berufung auf unrichtige Stellen (A. 45.), behauptete Rechtssatz besteht in der That (vgl. fr. 4. §. 2. de fideic. libert.), und wird auch für das beneficium abstinendi ausdrücklich in Bezug auf die Freiheitsertheilungen bezeugt.

Fr. 32. de manum. test. (Ulp.): Sciendum est necessario herede existente, *quamvis se abstineat, tamen libertates competere*, si modo non in fraudem legis Aeliae Sentiae datae fuerint.

Wir müssen also folgendermaßen argumentiren: Der Sklave „fit liber", wenn das testamentum valeat et *ex eo adita sit hereditas* [und darunter gehört auch der ipso iure-Erwerb des instituirten suus, auch wenn derselbe nachher abstinirte und rücksichtlich namentlich der Legatenzahlung „incidit in edictum der omissa causa [46])] *vel si quis* [hierunter kann danach nur noch der extraneus verstanden werden] *omissa causa t. ab int. possideat.*

So ist für den ausschlagenden extraneus (nicht aber für den abstinirenden suus) das Resultat, daß die libertates, die „non aliter quam *ab herede* dari potuerunt" (fr. 22. pr. si quis omiss. causa) mittelst einer fingirten Antretung aufrecht erhalten werden.

Und zwar gilt diese Aufrechthaltung sowohl von

46) Es ist hier mithin ein Punkt nachgewiesen, wo, rücksichtlich der Nebenbestimmungen des Testaments bei dem in's Edict der omissa causa fallenden abstinirenden suus (vgl. A. 44.) doch nicht erst die Wirkung dieses Edicts, sondern unmittelbar die des ipso iure-Erwerbes zur Geltung kommt. Es wird dies auch bei der folgenden Frage in Betracht zu ziehen sein; vgl. unten A. 55.

Digitized by Google

den directen wie den fideicommissarischen Freiheitsertheilungen [47]); der fingirt-testamentarisch Erbende muß alle „ad libertatem perducere", er gilt aber bei ihnen als Patron [48]).

Wie stellt sich nun gegenüber diesen Sätzen: daß die Freiheitsertheilungen gültig sind, wenn testamentum valet und die aditio hereditatis oder die Fiction des Edicts von der omissa causa vorliegt, — die ertheilte c. t. b. p.? Wir besitzen in dieser Hinsicht einige mehrdeutige Stellen, und der danach seit lange geführte Streit ist mit ihnen allein wohl schwerlich zu schlichten. Es kommt darauf an, daß man erst aus allen hier der Reihe nach durchzugehenden Fragen in ihrem Ineinandergreifen erkennt, wie diese Stellen, obgleich nicht eine einzelne die wörtliche Entscheidung bringt, doch in vollkommenem Einklang mit den Resultaten der anderen Fragen nur verstanden werden können, wenn man von der Annahme der trotz der c. t. b. p. fortbestehenden juristischen Gültigkeit und Wirksamkeit des Testaments (und also auch der Erbeinsetzung, sowie der hereditatis aditio) ausgeht.

Sagt man: in Folge der agnoscirten c. t. b. p. „testamentum non valet", also es gilt auch keine hereditas aditio [49]), so hat man freilich das einfache

47) Fr. 28. §. 1. si quis omiss. caus.

48) Fr. 29. si quis omiss. caus. (Ulp.): Qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, *servos ad libertatem perducere debet*, ne iis factum noceat eius, qui ex testamento adire noluit, *sic tamen ut habeat libertos.*

49) So sagt z. B. Hingst Bon. poss. p. 215. (in Anknüpfung an meine frühere Ansicht): recte observat Leist, aditionem hic nullius momenti esse, quippe

Digitized by Google

Reſultat, daß wegen der c. t. die libertates nicht gelten können. Aber jene beiden Vorderſätze ſtehen nirgends, und ſo iſt auch der Nachſatz nicht geſichert.

Die Stellen ſagen nun aber Folgendes:

a) Es kann ein inſtituirtes Hauskind omissa causa testamenti ab intestato die b. p. erbeten haben; dann wird es, auch wenn daneben ein zur c. t. b. p. berechtigter Notherbe ſteht, trotz ſeiner Abſtinenz ganz als ex testamento ſeinen Theil habend angeſehen und muß Allen die Legate präſtiren [50]). Da nun aber in der vorher beſprochenen Weiſe bei dem omissa causa testamenti abſtinirenden suus die libertates unmittelbar durch den ipso iure-Anfall gültig ſind, ſo folgt, daß das auch im vorliegenden Fall, wo die c. t.

quae nihil valet in praestationem legatorum: itaque cum rescissis institutionibus etiam ex iis pendentes libertates rescinduntur."

50) Fr. 23. si quis omiss. caus. (Ulp.): Si filius qui mansit in patris potestate, item filia heredes instituti, *praeterito fratre emancipato qui c. t. accipere possessionem potuit*, ut intestati patris possessionem acceperint, *legata omnibus praestabunt*, nec filia dotem suam fratri conferet, *cum ut scripta videatur hereditatem habere.* Hier hat der emancipatus wohl auch omissa causa die b. p. unde liberi agnoscirt [vgl. Fein, Collation S. 158—160. und fr. 5. de dot. coll.]. Aber ſolche b. p. unde liberi des emancipatus praeteritus wird als c. t. behandelt (fr. 6. §. 9. si quis omiss. caus.) und es kann dieſe c. t., die an der fingirt-teſtamentariſchen Stellung der Hauskinder gegenüber den Legataren nichts ändert, noch viel weniger an dem gegenüber den Freigelaſſenen fortgeltenden teſtamentariſchen ipso iure-Anfall etwas modificiren.

Digitized by Google

b. p. des Bruders sich neben die fictiv-testamentarische Stellung des Abstinirenden rangirt, nicht verändert wird.

β) Die zweite Stelle hat zur Voraussetzung, daß der c. t. b. possessor eine coniuncta persona, der die portio virilis conservirt wird, neben sich hat, und daß diese auf ihren Institutionstheil die hereditatis aditio vornimmt. Hier ist nun geradezu ausgesprochen, daß die aditio „ex necessitate" der vorher erörterten Rechtssätze die libertates trotz erbetener c. t. b. p. gültig mache.

Fr. 8. §. 2. de legat. praest. (Ulp.): Si *adierit hereditatem* is cui virilis conservatur, *libertates competent ex necessitate per aditionem.* verumtamen videndum est, an de dolo actione teneatur qui adit. et magis est, ut si denuntiante eo, *qui praeteritus accepit c. t. b. possessionem*, hic adiit hereditatem, pollicente eo portionem virilem, sit quod ei imputetur et de dolo actione teneatur. *damno enim adficit hereditatem*[50a]) *dum competunt libertates.*

Hier ist also deutlich anerkannt, daß der c. t. gegenüber die hereditatis aditio des Eingesetzten in ihren

50a) Dem Princip der c. t., welche der testamentarischen Succession möglichst unbeschwert rem auferiren soll, widerspricht die Aufrechthaltung der libertates vollständig, denn es werden dadurch der hereditas Vermögenswerthe entzogen. Aber um so bedeutender ist die Beweiskraft der Stelle: trotz dieses in den Freiheitstheilungen liegenden, der Legatenverfügung gleichartigen damnum ist hier gegen die aus der aditio hervorgehende Rechtsnothwendigkeit nichts zu machen; [dies zeigt zugleich, daß hier nicht wie bei den Legaten ein eigenes prätorisches Edict die Nothwendigkeit geändert hat].

Digitized by Google

Consequenzen völlig zu Recht besteht, so sehr auch diese Consequenzen den materiellen Zielen der c. t. zuwider sind. Um diesem unerwünschten Resultat zu entgehen, führt der Jurist noch einen durch Privatverhandlungen zu erreichenden Ausweg an. Der c. t. b. possessor kann der coniuncta persona denunciiren und die richtige Auszahlung ihres Theils zusichern. Alsdann wird es der coniuncta persona (die unter Umständen auch Caution wegen der Zahlung wird fordern können) imputabel, wenn sie, deren Interesse befriedigt ist, doch noch zum Schaden des c. t. b. possessor die Antretung vornimmt.

Einen Quellenausspruch über die Frage, wie es sich mit den Freiheitsertheilungen verhält, wenn der c. t. b. possessor einem antretenden extraneus heres gegenübersteht, haben wir nicht. Danach hat man aus fr. 8. §. 2. cit. oft den Schluß gezogen, daß wohl bei einem Eingesetzten, den der b. possessor neben sich anerkennen müsse, die her. aditio Wirkung habe, nicht aber bei einem extraneus, dessen Rechtsstellung ja eben durch die c. t. cassirt werde (A. 49). Aber der umgekehrte Schluß liegt viel näher. Da der Satz gilt, daß „omne ius transfertur, *quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur*, ad eum quem praetor heredis loco constituit", so folgt, daß die Antretung zunächst alle regulären Rechtswirkungen äußert; also dann doch nicht bloß des Erwerbes, sondern auch des rechtsnothwendigen damnum, soweit nicht, wie bei den Legaten, ein besonderes prätorisches Edict diese damna für den b. possessor unwirksam gemacht hat. Nun aber ist aus fr. 8. §. 2. cit. als Argument des Gegentheils schon zu entnehmen, daß, wenn der b. possessor der scripta coniuncta persona nicht

Digitized by Google

die erwähnten Zusicherungen macht, auch für diese, wenn sie angetreten hat, nicht „sit quod ei imputetur“. Dann gelten mithin die libertates, ohne daß der b. possessor gegen den scriptus mit actio doli einen Regreß hat. Einem instituirten extraneus bietet der b. possessor nun aber gar nicht die Auszahlung einer Portion, dafür ist also auch gar Nichts vorhanden, „quod ei imputetur“, wenn der extraneus die aditio vornimmt und damit ex necessitate die libertates gültig macht. Es kann daher nichts übrig bleiben, als daß hier der b. possessor dem extraneus aus freien Stücken Anerbietungen macht und, um dem damnum der libertates zu entgehen, ihn durch solche materielle Offerten zur Unterlassung der Antretung zu bewegen versteht. Erit ergo, wird man auch hier mit einer unten noch zu besprechenden Stelle zu sagen haben, *venale* beneficium scripti heredis.

y) Von einem Fall, wo in Folge derartiger Privatverhandlungen (oder auch weil der scriptus aus Interesselosigkeit wegen der ihm entgegenstehenden c. t. b. p. die aditio unterläßt), die c. t. doch das Motiv war, daß die libertates in Folge unterbliebener aditio ungültig wurden, — wird man die dritte unsere Frage überhaupt berührende Quellenstelle verstehen müssen [51]).

9. — b) Eine fernere Frage ist, wie es sich bei

51) Fr. 23. de legat. praest. (Herm.): Hi, quibus relictum vel virilem divus Pius conservari constituit, *ex servis, qui libertatem propter bonorum possessionem contra tabulas acceptam consequi non potuerunt*, nihil habebunt.

Digitized by Google

erbetener c. t. mit den Pupillarsubstitutionen verhalte [52]).

Diese Frage liegt darin anders als die vorige, daß, während dort mit dem petere der materiellen hereditas, wie sie die c. t. b. p. bezweckt, die Aufrechthaltung der libertates nicht in Einklang stand, die Gültigkeit der Pupillarsubstitution dem Princip der c. t. b. p. keinerlei Störung bringt. Die Pupillarsubstitution betrifft eine ganz andere hereditas als diejenige, welche der c. t. b. possessor „petit". Vom Standpunkte der c. t. aus ist also der Pupillarsubstitution keinerlei Hemmniß zu bereiten.

Wie aber nach Civilrecht? Hier liegt die Frage zunächst ganz so wie die vorige. Die Pupillarsubstitution gilt nur auf Grund der Antretung. In einer Stelle, worin dies ausgesprochen wird, finden wir ausdrücklich noch bemerkt, das dasjenige, was genügt, um die c. t. zur semel nata zu machen, nämlich die Möglichkeit der Antretung [vgl. A. 26.], für die Pupillarsubstitution nicht hinreicht.

Fr. 10. §. 4. de vulg. et pup. 28. 6. (Ulp.) . . . . nec enim valet filii testamentum *nisi patris fuerit adita hereditas*, nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum *ut ex eo adiri hereditas possit.*

Zu dieser Voraussetzung der aditio kommt aber auch hier, ebenso wie bei der vorigen Frage, als ein gleichwiegender Nebenpunkt die prätorische Behandlung des omissa causa testamenti ab intestato hereditatem possidere [53]). Also ganz wie ich dies unter Nr. a.

52) Francke R. d. Notherb. S. 142 ff. v. Vangerow Pand. II. S. 282.

53) Fr. 2. §. 1. de vulg. et pup. (Ulp.): Quisquis au-

Digitized by Google

erörterte, kann: sowohl wenn nicht-sui instituirt wurden und ex testamento ausschlugen, wie wenn ein suus heres institutus aus dem Testamente abstinirte (vgl. A. 44.) die Sachlage so sein, daß sie durch das ab intestato-Besitzen „incidunt in edictum". Der extraneus gilt dann als ficticisch ex testamento antretend; dem suus heres wird sein beneficium abstinendi wegfingirt, und er tritt insbesondere rücksichtlich der Legatenzahlung [A. 50: „legata omnibus praestabunt"] unter den Gesichtspunkt des ficticisch wiederhergestellten ipso iure-Anfalls ex testamento.

Nun aber erhebt sich rücksichtlich der Pupillarsubstitution die Frage, wie wir uns bei einem omissa causa abstinirenden suus im Genaueren die Art und Weise der Aufrechthaltung zu denken haben. Gelten (wie für die Legate) die secundae tabulae durch die Abstinenz zunächst als aufgehoben, und werden sie dann durch den edictalen Rechtssatz über die omissa causa wieder hergestellt? Oder hat man wie bei den libertates zu argumentiren: die Pupillarsubstitution ist unmittelbar durch den ipso iure-Erwerb der väterlichen Erbschaft gültig, und es kann dieser Gültigkeit hinterdrein nichts mehr schaden, wenn der suus omissa causa testamenti abstinirt? — Gewiß nach allgemeinen Gründen das Letztere. Denn wenn hier auch nicht wie bei den libertates in Folge des besonderen favor zu sagen ist, daß eine einmal gül-

tem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere: ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit. adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet. *ut nisi adita quoque patris hereditas sit*, pupillare testamentum evanescat. *plane si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideatur, hereditas, dicendum est et pupillo substitutum servandum.*

Digitized by Google

tige Freilassung nicht wieder rückgängig gemacht werden dürfe, so tritt dafür doch ein anderer Gesichtspunkt ein. Im Momente des Todes erfaßt der ipso iure-Anfall sogleich das väterliche wie auch das damit juristisch verbundene Kindestestament. Das nachher geltend gemachte beneficium abstinendi dagegen betrifft nur die paterna hereditas, und es ist gar kein Grund vorhanden, es in seinen Wirkungen auf die völlig selbständige hereditas des Kindes herüberzuziehen [54]). Also die secundae tabulae sind mit dem Erbanfall an den suus gleich *ipso iure* gültig, und brauchen nicht erst künstlich auf Grund der Fiction des Edicts über die omissa causa aufrechterhalten zu werden [55]).

54) Arg. fr. 12. de vulg. et pup. (Pap.): Si filius, *qui patri* ac postea fratri ex secundis tabulis *heres extitit*, *hereditatem patris recuset*, fraternam autem retinere malit, audiri debet: iustius enim praetorem facturum existimo, *si fratri separationem bonorum patris concesserit.*

55) Die Worte des fr. 2. §. 1. cit. (A. 53.) werden deßhalb ebenso interpretirt werden müssen, wie sich dies oben bei den libertates für das fr. 23. de manum. test. als eine Nothwendigkeit ergab. Die Pupillarsubstitution ist gültig, wenn: „patris testamentum valeat et ex eo adita sit hereditas [darunter gehört auch der ipso iure-Anfall des suus, der im Uebrigen rücksichtlich der Legate durch Abstinenz „incidit in edictum"] vel si quis [d. h. ein extraneus] omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem". Im Gegensatz zu der ipso iure-Gültigkeit auf Grund des ipso iure-Erwerbes zeigen die Worte des fr. 2. §. 1. cit.: et pupillo substitutum *servandum*, daß der Jurist hier nur an die ficticische Aufrechthaltung denkt, welche eintritt, wenn ein nicht-suus ex testamento ausschlägt, um ab intestato zu besitzen.

Digitized by Google

Wie stellen sich nun hiezu die vorhandenen Quellenausſprüche? — Wir müſſen bei ihrer Erörterung die drei Fragen trennen, ob neben der erbetenen c. t. b. p. ein vom paterfamilias inſtituirter, exheredirter oder präterirter Pupill (für den der Vater die Pupillarſubſtitution errichtet hatte) ſteht.

a) Der Fall, daß der Pupill inſtituirt worden, und daneben ein zur c. t. b. p. berechtigter prätoriſcher Notherbe ſteht, iſt der nachweislich in den Quellen ſubintelligirte.

Fr. 5. pr. de legat. praest. (Ulp.): Filium quis impuberem heredem scripsit eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit: ***deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem*** [der inſtituirte impubes: commisso per fratrem edicto]: legata sunt etiam a substituto impuberis relicta non tantum liberis et parentibus, verum etiam extraneis: quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare. et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt: sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet, cet.

Hier iſt, trotzdem daß c. t. erbeten worden, die Pupillarſubſtitution als unzweifelhaft gültig vorausgeſetzt [56]). Es fragt ſich, was der Grund dieſer Gültig-

56) Ebenſo redet fr. 34. §. 2. de vulg. et pup. wahrſcheinlich, und fr. 35. eod. ſicher von einer vom Pupillen commisso per alium edicto agnoscirten c. t. b. p.: *Etiamsi contra patris tabulas b. p. petita sit, substitutio tamen pupillaris valet,* et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione [substituto?] data sunt. fr. 35: *Etsi contra tabulas patris petita sit a pupillo* b. p., in substitutum tamen eius actio-

Digitized by Google

keit sei. Francke erklärt sie als von selbst durch den ipso iure-Erbschaftserwerb des Pupillen gegeben, trotz der von ihm nachgesuchten c. t. „gleichwie" sie auch beim Abstiniren des Pupillen anzunehmen sei[57]). Dies hat Schmidt (S. 148.) mit Berufung auf fr. 1. §. 7. si quis om. caus. (s. oben A. 44.) und fr. 2. §. 1. de vulg. et pup. (s. oben A. 53.) angegriffen, nicht beachtend, daß das incidere in edictum wegen der Legatenzahlung einerseits, und das ipso iure Gültigwerden und Gültigbleiben der libertates und Pupillarsubstitutionen trotz der Abstinenz andererseits ganz auseinandergehende Dinge sind. Wenn danach der Francke'schen Auffassung, daß die Pupillarsubstitution gleich auf Grund des ipso iure-Anfalls gültig werde, durchaus beizustimmen ist, so kann man doch nicht billigen, daß Francke dabei das commisso per alium edicto b. possessionem c. t.-Agnosciren ganz auf

nem legati dandam esse ita, ut. . . . . sic et crescere a substituto data legata, *si per b. possessionem plus ad filium pervenisset, quemadmodum et ipse filius plus exceptis deberet.* his consequens esse existimo, ut, si impubes ex asse scriptus sit et per bonorum possessionem semis ei ablatus sit, substitutus in partem legati nomine exoneretur, ut, quemadmodum portio *quae per b. possessionem accesserit* auget legata, ita et hic quae abscesserit minuat. — Daß in dem fr. 34. §. 2. ein im väterlichen Testament instituirter Pupill vorausgesetzt wird, ist jedenfalls sicher; vgl. Francke S. 113 bei A. 20.

57) Wonach auch beim Abstiniren des allein eingesetzten Hauskindes die seinem exheredirten Bruder gesetzte Pupillarsubstitution gültig bleibe, so daß Jener aus dieser erben könne. Fr. 41. de acq. her. 29. 2. — Francke N.E.R. S. 143. 144.

Digitized by Google

gleiche Stufe mit der Abstinenz stellt. Damit wird sogleich die Annahme untergeschoben, als wenn durch die c. t. an sich „das Testament" rescindirt werde[58]). Wenn sich nun aber anderweitig nachweisen läßt, daß die c. t. nichts ist als ein Avocationsrecht der materiellen bona, zu denen die Kindeserbschaft nicht gehört, so ergibt sich dann auch als selbstverständlich, daß die Gültigkeit der Pupillarsubstitution lediglich nach ihren eigenen Regeln über Antretung der väterlichen Erbschaft, und unberührt im Uebrigen von einer etwa agnoscirten c. t. b. p. (so wie dies denn auch in den mitgetheilten Stellen uns entgegentritt) zu beurtheilen ist.

β) Hiernach sind die zwei anderen Fälle zu entscheiden, über die sich keine Quellenbelege finden. Wenn neben einem zur c. t. b. p. berechtigten prätorischen Notherben ein *präterirter* Pupill steht, dem der paterfamilias ein Testament gemacht hat, so ist vom Standpunkt des Pupillen aus das väterliche und also auch das Kindestestament iure civili nichtig, ohne daß die c. t. b. p. daran etwas ändern kann.

Wenn aber neben dem zur c. t. b. p. Berechtigten der Pupill, dem secundae tabulae gemacht worden, *exheredirt* ist, so haben wir zu sagen, daß die secundae tabulae nur gelten können, wenn der im väterlichen Testament Eingesetzte die Erbschaft (nach

58) In der commisso per alium edicto petita c. t. b. p. lebt das Eingesetztsein sogar noch insoweit juristisch fort, daß der Pupillarsubstitut von dem durch die c. t. an den Pupillen gelangten väterlichen Vermögen Legate prästiren muß, perinde atque si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset; fr. 126. pr. de legat. I. (30.). Fein in diesem Commentar XLIV. S. 317. ff.

Digitized by Google

den oben genauer besprochenen Sätzen) erworben hat. War also insbesondere deßhalb, weil die erbetene c. t. dem scriptus extraneus das Erbewerden interesselos machte, die Erbschaft von ihm ausgeschlagen worden, so kann die Pupillarsubstitution nicht gültig gewesen sein; und es ist eine unrichtige Verwendung des erweislich von einem anderen Fall redenden fr. 34. §. 2. de vulg. et pup. (A. 56.), die scheinbar allgemein lautenden Anfangsworte zur Gewinnung eines anderen Resultats hier herüberziehen zu wollen [59]).

c) Während über Freiheitsertheilungen und Pupillarsubstitutionen Quellenstellen vorhanden sind, fehlen uns dieselben über die Frage, ob Vormundschaftsernennungen neben der c. t. b. p. gültig seien. Aus den bisher besprochenen Grundsätzen ergibt sich darüber Folgendes [60]):

Der Tendenz der c. t., das materielle Vermögen auf den c. t. b. possessor herüber zu ziehen, stehen die Vormundschaftsernennungen in keiner Weise im Wege. Sie wird mithin dieselben unberührt neben sich haben bestehen lassen, soweit sie schon in sich Anspruch auf Gültigkeit machen konnten. Also die tutores müssen überhaupt iure dati sein [61]), nnd ferner es muß (wie bei libertates und secundae tabulae) aus dem Testament eine hereditatis aditio vorliegen [62]). Aber weiter gilt auch der Satz:

59) Schmidt S. 149. A. 278. — Vgl. übrigens rücksichtlich der Schmidt'schen Ansicht noch unten Ziff. 12. a. E.

60) v. Vangerow II. S. 282.

61) Fr. 3. §. 1. de testam. tut. 26. 2.

62) Fr. 9. de testam. tut.: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt:

Digitized by Google

Fr. 3. de confirm. tut. 26. 3. (Julian.): Qui a patre scriptus est aut *non iusto testamento* aut non ut lege praecipiebatur, *confirmanduse st ad tutelam gerendam perinde ac si ex testamento tutor esset*, id est ut satisdatio ei remittatur.

Danach hat es kein Bedenken, anzunehmen, daß, ebenso wie in anderen Fällen civilrechtlich ungültiger Testamente [63]), so auch wenn wegen erbetener c. t. b. p. durch die scripti heredes aus Interesselosigkeit das Testament destitut gemacht worden war, auf Grund der voluntas testatoris der im Testament geschriebene Tutor durch Confirmation aufrecht erhalten wurde: perinde ac si ex testamento tutor esset [64]). Mit der c. t. hat dies aber keinen anderen Zusammenhang, als daß diese als Veranlassungsgrund der Destitution und mithin der Nothwendigkeit einer besonderen Confirmation dasteht. Nicht aber ist es (von der Voraussetzung aus, daß im Allgemeinen die c. t. „das Testament" rescindire) als ein besonderer Rechtssatz hinzustellen, daß die tutoris datio (als eine der ausnahmsweise aufrecht erhaltenen Bestimmungen, — vgl. Ziff. 4.) durch die c. t. nicht rescindirt werde [65]).

10. — 4) Gegenüber den bisher betrachteten Verhältnissen, in denen die Wirkungen der erfolgten

si vero unus ex pluribus adierit, tutelae statim valent, nec exspectandum erit, ut omnes hereditatem adeant.

63) Fr. 26. §. 2., fr. 31. de test. tut.; l. 2. C. de confirm. tut. 5. 29.

64) Vgl. auch Glück Commentar XXIX. S. 276. 277.

65) S. z. B. Hingst Bon. poss. p. 216: „consentiunt omnes auctores, tutoris dationes *non rescindi*."

Digitized by Google

aditio sich zeigten, sind weiter andere in's Auge zu fassen, für die umgekehrt es ausdrücklich anerkannt wird, daß nach erfolgter Erbittung der c. t. b. p. es gleichgültig sei, ob eine *aditio* stattfinde oder nicht. Dies sind die Vermächtnisse, auf welche sich ein eigener Passus des prätorischen Edicts bezog [66]). Aber wenn auch die Antretung hier an sich für gleichgültig erklärt wird, so werden doch im Uebrigen alle Consequenzen gezogen, welche sich aus dem neben der c. t. b. p. juristisch fortbestehenden und fortwirkenden Testamente ergeben.

Das Princip, daß die c. t. b. possessio *cum re* sein soll, d. h. der c. t. b. possessor möglichst das ganze materielle Vermögen soll an sich ziehen dürfen, muß natürlicher Weise, wenn es voll realisirt wird, zwei Hauptsätze in sich fassen: a) der b. possessor muß dem eingesetzten Erben das Vermögen wegnehmen können [67]) und b) er muß, nicht gebunden an die dem heres aufgelegten Vermächtnisse, auch den Gegenstand dieser Vermächtnisse behalten dürfen. Indem der Prätor diese beiden Sätze im Edict ausspricht, hat er dem Präterirten in der That das Mittel in die Hand gegeben, den materiellen Willen des Erblassers umzustoßen [68]).

66) Tit. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

67) Fr. 20. pr. de b. p. c. t.: scripti heredis extranei, ut *cum ipse iure hereditatis nihil sit consecuturus*, cet. Gai. II. 125: praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit, *qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur.* Vgl. A. 79.

68) Dies sagt Ulpian in den Worten (fr. 1. pr. de legat. praest.): *qui iudicia patris rescindunt per contra ta-*

Digitized by Google

Indem dem c. t. b. possessor in dieſer Weiſe das „hereditatem petere“ (ſ. die Stelle bei A. 40.) gewährt wird, iſt der Effect erklärlich, daß bei den Römern allerdings meiſtens (wo nicht beſondere Momente hervortreten) der eingeſetzte Erbe die aditio, als eine für ihn ganz intereſſeloſe Sache, unterließ, und ſo das Teſtament freilich nicht durch die c. t. im juriſtiſchen Sinn aufgehoben wurde, aber im factiſchen Sinn die Veranlaſſung zur Nichtigkeit (Deſtitution) von der c. t. empfing [69]). Die theoretiſchen Grund-

bulas bonorum possessionem. Das Teſtament im juriſtiſchen Sinn wird gar nicht aufgehoben, es bleibt vielmehr mit allen Conſequenzen der Antretung u. ſ. w. in Wirkſamkeit. Aber der materielle Wille (iudicium patris) wird umgeſtoßen, indem der Notherbe ſich das Vermögen, unbeſchwert durch Vermächtniſſe, von dem abholt, an den der Teſtator es hatte gelangen laſſen wollen. — Daß ſpätere Kaiſer nicht mehr ſo genau in ihrer Ausdrucksweiſe ſind und alſo a) Leo (469) in l. 17. C. de collat. 6. 20. ſagen kann: aut *testamento* penitus non condito, aut si factum fuerit *contra tabulas b. possessione petita* vel inofficiosi querela mota *rescisso*; b) Juſtinian (531) in l. 4. §. 1. C. de lib. praet. 6. 28. ſich der Worte bedienen kann: vel *testamentum* ipso iure evertat vel *per c. t. b. possessionem stare hoc non patiatur*, — darf uns nicht Wunder nehmen.

69) Fr. 4. de legat. praest. (Julian.): Cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. Fr. 20. de b. p. c. t. . . quodsi hi (scripti heredes) repudiaverint hereditatem, quod facile sunt facturi *nihil laturi ex hereditate* [ſie würden wohl Erben im juriſtiſchen Sinn werden mit Allem was daraus folgt, aber das

Digitized by Google

gedanken, nach denen bei der c. t. b. p. die Vermächtnisse behandelt werden, sind nun aber von besonderer Wichtigkeit, um über die allgemeine Stellung von b. possessor (non heres) zum scriptus heres richtige Anschauungen zu gewinnen. Es müssen deßhalb, soweit das Bedürfniß dieser letzteren Frage reicht, hier, wie schon bei den vorhergehenden Punkten, Detailfragen aus der im Uebrigen einem anderen Orte vorzubehaltenden Lehre von der c. t. b. p. herbeigezogen werden. Es wird sich aus dieser Darstellung, ebenso wie aus den schon besprochenen wie den nachfolgenden Punkten, das Resultat ergeben, daß die c. t. b. p. gar keine Aufhebung, Beseitigung, Zerstörung, Tilgung der Wirksamkeit des Testaments im juristischen Sinne ist, sondern unter einen ganz anderen Begriff fällt, nämlich den eines Avocationsrechtes der *bona* (cum re-Erklärung) gegenüber dem im Uebrigen in seinem juristischen Bestande und Wirkungen auch vom Prätor völlig anerkannten Testamente. Danach wird sich denn auch hier zeigen, daß der Eintritt oder Nichteintritt des scriptus in ganz regulärer Weise, soweit es mit dem dem b. possessor gegebenen Avocationsrechte vereinbar ist, auf die c. t. b. p. zurückwirkt.

a) Zunächst rücksichtlich der an nicht-excipirte Personen hinterlassenen Legate, Singular- und Universal-Fideicommisse besteht der theoretische Unterschied, daß wenn der mit ihnen Belastete nicht Erbe wird, sie „non

materielle nihil ferre ex hereditate ist ihnen doch wichtiger] propter eum qui contra tabulas accepit bonorum possessionem. Fr. 13. de legat. praest. . . . (qui noluit adire hereditatem) quando *nihil habiturus emolumenti* condicioni merito non paruerit.

Digitized by Google

debentur"; daß dagegen: α) wenn der Erbe antritt, sie an sich gültig sind, aber, falls seit dem Antritt die Agnition der c. t b. p. noch in der Schwebe ist, durch obige exceptio elidirt werden können [70]), β) wenn aber Erbantretung des heres und Agnition des b. possessor erfolgt sind, die Vermächtnisse an sich „debentur", jedoch der Belastete sie zu zahlen nicht gezwungen werden kann. Fr. 28. (27.) §. 6. ad SC. Trebell. 36. 1: Quotiens filius emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, *nulla ratio est compellendi heredis ad restituendam hereditatem*, et sicut *neque legata neque fideicommissa cetera praestare cogitur* [71]), ita ne ad restitutionem quidem hereditatis compelli debet.

Andererseits geht auf den c. t. b. possessor keine Verpflichtung zur Zahlung dieser Vermächtnisse über. Im Edict wird von einer Befreiung von diesen Vermächtnissen nicht noch besonders die Rede gewesen sein. Schon im Wesen der b. p. als einer Universalsuccession liegt, daß auf den mit dem Avocationsrechte vom heres bekleideten b. possessor rücksichtlich der Rechte aber auch der Schulden von Lebzeiten her „transeunt actiones". Dagegen ist die Avocation der bona dem b. possessor in dem Sinne gegeben, daß er die zu seinem Nachtheil errichteten „iudicia patris" rescin-

70) Auf den bei Universalfideicommissen während dieser Schwebezeit bestehenden Aditions- und Restitutionszwang unter Hinblick auf die Eventualität, daß die Agnition der c. t. nicht erfolgt, komme ich noch zurück; vgl. Ziff. 14. Nr. a.

71) Später wird noch die Frage aufzuwerfen sein, ob die Klage der Vermächtnißnehmer denegirt oder nur exceptio gegen die Klage gegeben wurde; Ziff. 17. A. 26.

Digitized by Google

diren, d. h. [Erbeinsetzungen und Vermächtnisse nicht in ihrem juristischen Bestande cassiren, aber] die darin enthaltene materielle Vermögensvertheilung des Vaters aufheben, und an ihrer Stelle „hereditatem petere“ dürfe. Es lag der Nichtübergang der Vermächtnißverpflichtungen einfach in dem zwecks Rescindirung der iudicia patris dem b. possessor gewährten hereditatem petere, und in dieser Weise wird sich auch das Edict ausgedrückt haben.

b) Im Gegensatz zu den Vermächtnissen an Fremde stehen die den coniunctae personae zugewandten. Hier legt der Prätor dem c. t. b. possessor die Verpflichtung zur Auszahlung auf [72]). Die Stellung zum heres ist hier folgende. Wenn der mit dem Vermächtnisse belastete heres die Erbschaft omittirt (insbesondere aus dem Grunde, weil er wegen der erbetenen c. t. b. p. kein Interesse an der Antretung habe), so gilt auch hier der Satz, daß sie an sich „non debentur“. Aber da der Prätor sie, ohne dabei vom Willen des Eingesetzten abzuhängen, aufrecht erhalten wissen will, — wofern sie nur, abgesehen von der aus der Omission der hereditas hervorgehenden Ungültigkeit, im Uebrigen gültig errichtet sind, — so macht der Vermächtnißnehmer sie trotz ihrer civilen Ungültigkeit auf Grund der prätorischen Bestimmung geltend [73]).

72) Fr. 1. pr. de legat. praest. (Ulp.): Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per c. t. b. possessionem, *ex iudicio eius* quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent. Fr. 17. eod.: ei scilicet personae, cui filius *legata praestare cogitur*.

73) Fr. 3. §. 7. de legat. praest. (Ulp.): Ea autem le-

Digitized by Google

Wenn dagegen der heres antritt, so gelten sie an sich auch gegen den heres, der sie nur (vgl. Nr. a) „praestare non cogitur“; wogegen man aber hier, wie bei den sonstigen übergehenden Rechten und Pflichten (vgl. Ziff. 7), auf Grund der diese Legate aufrecht haltenden prätorischen Satzung gesagt haben wird: „transeunt actiones“. Jedenfalls aber kam man mit Nothwendigkeit zu dem Satze, daß der b. possessor diese Legate zahlen müsse: gleichviel ob der *heres* die Erbschaft omittire oder nicht, ein Punkt der auch vielleicht ausdrücklich im Edict hervorgehoben war [74]).

c) Dieser Satz bedeutet aber nur, daß die Omittirung oder Antretung der hereditas rücksichtlich der Frage der Zahlung Seitens des b. possessor gleich-

gata sola praestant qui c. t. b. possessionem accipiunt, quae *utiliter data* sunt, verum idcirco *non debentur*, quod filius c. t. b. possessionem accipit, (fr. 4. Julian.) cum propter hoc plerumque scripti heredes *omittant hereditatem*, cet. vgl. A. 69. — Richtig betont diesen Zusammenhang das fr. 3. §. 7. und fr. 4. Schmidt a. a. O. S. 127. A. 195, S. 135. A. 225. 227. gegen Mühlenbruch a. a. O. S. 296.

74) Die Juristen tragen ihn als einen zweifellosen vor. Fr. 6. de legat. praest. (Julian.): qui filium emancipatum habebat, praeterito eo patrem suum et extraneum heredem instituit et patri legatum dedit: filius c. t. b. possessionem petit: quaero *si aut uterque hereditatem adisset aut alter ex his aut neuter*, an et quantum legatorum nomine debeatur? cet. Fr. 12. eod. (Ulp.): *Sive autem omiserint instituti sive non omiserint*, dicendum est legata . . . praestanda.

Digitized by Google

gültig sein soll. Im Uebrigen gilt im vollen Sinn das eben Bemerkte, daß der antretende belastete heres an sich das Vermächtniß „debet“ und nur seinerseits „praestare non cogitur“. Da er also „debet“, so haftet er auch für dolose Vernichtung des legirten Gegenstandes, und da adita hereditate „transeunt actiones“, so haftet nun nach untergegangener Sache mit utilis actio der c. t. b. possessor für den Werth. Fr. 17. de legat. praest. (Julian.): Si emancipato filio praeterito pater extraneum heredem instituisset et ab eo rem legasset, *eaque adita hereditate dolo scripti heredis perisset, adversus emancipatum utilis actio dari debebit* ei scilicet personae cui filius legata praestare cogitur, *quia praetori propositum est sine iniuria ceterarum personarum b. possessionem c. t. testamenti dari.*

11. — d) Die dem c. t. b. possessor aufgelegte Legatenzahlung mußte vom Willen des belasteten eingesetzten Erben unabhängig erklärt werden. Daher der Satz, daß die Legate zu zahlen sind: mag der heres die Erbschaft omittiren oder antreten. Es erhebt sich aber weiter die Frage, wie es gehalten werden müsse, wenn der heres weder antritt noch eine in seinem Willen liegende Omission eintreten läßt, wenn er vielmehr durch ein seinem Willen fremdes Factum wegfällt, also nicht antreten kann? Wer sich die c. t. als eine die Wirksamkeit der testamentarischen Erbfolge einfach bei Seite rückende oder aufhebende Succession vorstellt, die mit eigenen Vorschriften auch über die Legatenzahlung an deren Stelle tritt, dem wird es selbstverständlich erscheinen, daß die aufgeworfene Frage für die vom b. possessor zu zahlenden Legate von gar

Digitized by Google

keiner Bedeutung sein könne. Wird man aber erst inne, daß die c. t. lediglich ein Avocationsrecht der hereditas ist, das im Uebrigen den juristischen Bestand des Testaments, also auch den Wegfall der Erben in seinen Rückwirkungen auf die c. t. b. p., vollständig anerkennt, so wird man einsehen, daß auch bei der hier aufgeworfenen Frage ganz andere Resultate eintreten müssen.

Der Wegfall des berufenen heres in Folge Nichtwollens (*omittere* hereditatem) und Nichtkönnens (morte vel qua alia ratione *impediri*) hat bekanntlich für diese beiden an sich verschiedenen Unterbegriffe [75]) vielfach gemeinsame Rechtswirkungen. Auch für die Frage von der semel nata b. p. c. t. ist dies der Fall (vgl. Ziff. 4. A. 26.). Diese erscheint als begründet, wenn mortis tempore solche tabulae testamenti vorhanden sind, aus denen vel adiri hereditas vel secundam eas b. p. peti *potuit*. Es ist für die semel nata c. t. b. p. einerlei, ob hinterdrein (um mit fr. 9. cit. zu reden) die Eingesetzten die Erbschaft omittirt haben oder morte vel qua alia ratione impedirt worden sind, — oder ob, wie es das fr. 19. de b. p. c. t. ausdrückt: neutrum eorum [Adition

75) Fr. 9. de suis et legit. 38. 16. (Marc.): Si ex pluribus legitimis heredibus quidam *omiserint adire hereditatem, vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint quominus adeant*, reliquis qui adierint adcrescit illorum portio. In dieser Stelle wird nicht das morte impediri von dem Begriff des Nichtantretenkönnens abgetrennt und dem Begriff des omittere hereditatem „zugezählt" (wie Schmidt S. 136. A. 231. meint), sondern es werden die beiden Begriffe des omittere und impediri für die Accrescenzfrage zusammengefaßt.

Digitized by Google

oder Agnition] postea *secutum sit* vel *sequi potuit* (potuerit) [76]).

Wie stellt sich dies nun aber zur Legatenzahlung? Wir haben vorher gesehen, daß dieselbe nur vom Willen des Eingesetzten unabhängig gemacht werden mußte. Also: sive omiserit hereditatem sive non omiserit, muß der c. t. b. possessor die dem Instituirten aufgelegten Legate an die exceptae personae entrichten. Nehmen wir an, daß dem Instituirten ein (auch mit Vermächtnissen belasteter) Substitut gesetzt ist. Hier kann, sobald nur Institutus und Substitutus mortis tempore (mithin zur Zeit der semel nata c. t. b. p.) in rebus humanis waren [77]), an der Zahlung der dem Instituts aufgelegten Vermächtnisse dadurch nichts geändert werden, daß der Institutus die hereditas omittirt, und, da in Folge dessen die testamentarische hereditas weiter deferirt wird, der mit anderen Vermächtnissen belastete Substitut die aditio vornimmt [78]).

76) So versteht richtig die Worte Schmidt S. 89. A. 71. gegen Hingst (Bon. poss. p. 197). — Wenn man mit Mommsen läse: ex quibus vel adiri . . vel . . peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit *modo* sequi potuit, so würde man in den letzten Worten vom Juristen etwas Unrichtiges gesagt sein lassen. Denn die c. t. setzt nur die Möglichkeit *mortis tempore* voraus, und fordert nicht, daß wenn der Erwerb *postea* nicht mehr erfolgt ist, er doch noch müßte erfolgen können. Im Gegentheil, wenn später die Möglichkeit weggefallen ist, so ist nichtsdestoweniger in Folge der Möglichkeit mortis tempore die c. t. b. semel nata.

77) Denn waren sie es nicht, so ist weder die c. t. noch sind die Legate begründet; vgl. A. 25.

78) Fr. 12. de legat. praest. (Ulp.): Sive autem *omise-*

Digitized by Google

Und da es eben der Wille des Institutus ist, der auf die Entrichtung der ihm aufgelegten Vermächtnisse nicht mehr muß wirken dürfen, so ist dasselbe Resultat auch anzunehmen, wenn unter dem Schein eines anderweiten Verhältnisses doch in Wahrheit lediglich der Wille des Institutus sein Nichterbewerden verursacht hat. Wenn also der unter einer rein potestativen Bedingung Instituirte diese nicht erfüllt, so liegt darin klar zu Tage, daß er die Erbschaft nicht antreten wollte. Demgemäß hat, da dieser Wille für den c. t. b. possessor gleichgültig sein soll [79], Letzterer die dem Institutus und nicht die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse zu entrichten, auch wenn der Substitutus die Adition vorgenommen hat.

Wo nun aber der Wille der Instituirten nicht in Betracht kommt [also: wenn die Instituirten „morte vel qua alia ratione *impediti fuerint* quo minus adeant"; oder: wenn die aditio sequi non *potuerit*], so muß die Frage von der Vermächtnißentrichtung ganz andere Ergebnisse liefern. Nehmen wir gleich den dem eben besprochenen entgegengesetzten (unter den Gesichtspunkt: qua alia ratione impediri gehörigen) Fall, daß der Institutus unter einer casuellen Bedingung

rint instituti sive non omiserint, dicendum est, legata quae *ipsis relicta* sunt praestanda, *quamvis secundo gradu instituti omittentibus eis adierint hereditatem.*

79) Fr. 13. eod. (Tryph.): . . . nam si eam quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, *qui noluit adire hereditatem*, quando nihil habiturus emolumenti [da ihm ja doch der c. t. b. possessor Alles wegnimmt, vgl. A. 67. 69.] conditioni merito non paruerit.

Digitized by Google

eingesetzt ist und diese deficirt. Hier liegt keinerlei Moment vor, daß er *noluit* adire hereditatem, es besteht ein Impediment des Könnens. Das influirt nun freilich nicht auf die c. t. b. p., welche, da wir den Institutus als mortis tempore vorhanden voraussetzen, semel nata ist, wenngleich die „aditio postea sequi *non potuerit*“ [80]). Aber es muß influiren auf die Vermächtnißentrichtung. Nach der ganz regulären Behandlung gültiger Testamente hat man zu sagen: wenn der Testator dem Institutus und dem Substitutus Vermächtnisse auflegte, so war es sein Wille, daß, wenn der Institutus wegfällt, beim Eintritt des Substituten dessen Vermächtnisse bezahlt werden sollen. Nun sind die Legate vom c. t. b. possessor „*ex iudicio* patris“ zu prästiren (fr. 1. pr. de legat. praest.). Wenngleich der Prätor insoweit von diesem iudicium abgeht, daß er, um seine Intentionen zu erreichen, den Willen des nach diesem iudicium Instituirten für wirkungslos erklären muß; so kommt doch das hier nicht weiter in Betracht. Also ist das nothwendige Resultat, daß in unserem Fall der c. t. b. possessor ex iudicio patris an Stelle des Substituten (gleichviel ob nun wiederum dieser die hereditas omittirt oder antritt) die Vermächtnisse zu prästiren hat [81]). Die c. t. b. ist nata von dem unter eine nichtpotestative

80) Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. (Ulp.): contra tabulas b. possessionem *semel natam* competere. sed et *si defecerit condicio* institutionis, adhuc tantundem dicit praeteritum ab eo gradu filium c. t. b. possessionem petiturum.

81) Fr. 13. de leg. praest. (Tryph.): Item *a substituto legata deberi dicimus*, si institutus conditione defectus esset, *quae in ipsius potestate non fuit.*

Digitized by Google

Bedingung gestellten primus gradus, bei deren Wegfall die Vermächtnisse vom secundus gradus zu prästiren sind.

Ebenso muß es sein in dem [auch in fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. dem Fall der casuell bedingten Einsetzung ganz gleichgestellten [82])] Falle, wenn der Institutus nach dem Tode des Testators ohne anzutreten stirbt, also „morte *impeditus fuerit* quominus adeat." Da er vor seinem Tode noch nicht ausgeschlagen hatte, so lag die Antretung offen vor ihm. Es fällt unter den Gesichtspunkt des Nichtkönnens, daß er durch den Tod gehindert wird, den ihm noch offenen Willen der Antretung zu fassen. So muß denn also auch für den c. t. b. possessor das gleiche Resultat entstehen, daß Letzterer, dem durch das Vorhandensein des Institutus mortis testatoris tempore seine c. t. semel nata ist, durch den späteren Tod des Institutus zur Prästirung der dem Substitutus aufgelegten Vermächtnisse verpflichtet wird. Danach kann man diesen Satz in der Fassung auch umdrehen: wenn der Institutus noch nach dem Tode des Testators weiter fortlebt (also nicht gestorben ist), so hat, wenngleich nun auch der Substitut lebt, — einerlei ob der Institut antritt oder omittirt, und ob letzterenfalls nun wieder der Substitut antritt oder omittirt, — der c. t. b. possessor immer lediglich die dem Institutus aufgelegten Vermächtnisse zu prästiren [83]).

82) Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. . . . . sed si *post mortem testatoris decesserint* heredes scripti, idem Marcellus putat c. t. b. possessionem *semel natam competere.*

83) Fr. 11. de leg. praest. (Paul.): At *ubi institutus et substitutus vivant*, licet nemo adeat hereditatem, ea tamen legata deberi dicimus, *quae ab instituto*

Digitized by Google

12. — Nunmehr wird das Verständniß einer vielfach nicht begriffenen Stelle gegeben sein.

Fr. 10. §. 2. de legat. praest. (Ulp.): Non omnia quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet qui c. t. petit, sed ea sola quae in eo gradu data sunt, contra quem bonorum possessionem accepit. sed ***nonnunquam contra alium quidem gradum petita est bonorum possessio, ex alio vero legata praestanda sunt.*** ut ecce duos gradus heredum fecit, emancipatum praeteriit [84]), ab utroque tamen [Mommsen: praeteriit ab utroque: ab utroque item?] gradu liberis et parentibus legata adscripsit. ait Julianus: 1) ***si quidem aliquis ex primo gradu vivit*** [85]), ea legata

data sunt. Mißverständlich nimmt das Schmidt S. 136. A. 230. so: „wenn die in beiden Graden als Erben Berufenen beim Tode des Erblassers am Leben sind, aber keiner von ihnen antritt". Damit würde Paulus etwas Unrichtiges sagen; denn wenn der Institutus wohl beim Tode des Erblassers lebt, so sind doch nicht die Legate des ersten, sondern des zweiten Grades zu zahlen, wenn der Institutus durch späteren Tod an einer Erklärung über das Erbewerden gehindert worden ist. — Das „ubi institutus vivat" bezieht sich nicht auf auf das mortis tempus testatoris, sondern ist die positive Fassung des auch negativ vorgetragenen Satzes: „wenn nicht der Institutus nach dem Tode des Erblassers durch Tod an der Antretung gehindert worden ist".

84) In meiner bisherigen Erörterung war die stillschweigende Voraussetzung, die hier ausdrücklich bestätigt wird, daß der prätorische Notherbe in beiden Graden gleichmäßig präterirt zu denken ist.

85) Auch hier ist das „si vivit" in dem A. 83. besproche-

Digitized by Google

praestabit, quae liberis et parentibus *a primo gradu* data sunt: 2) sin vero nemo vivit eorum, ea quae a sequenti; quod si neque ex primo gradu neque ex secundo quisquam *in rebus fuerit humanis, cum testator moritur*, tunc ab intestato magis bonorum possessionem praeterito filio competere nec legata cuiquam praestanda: 3) quod si *post mortem testatoris ante aditam hereditatem instituti decesserint*, contra ipsos quidem videri petitam, verum tamen ab eis relicta legata non esse praestanda, sed quae *a substitutis relicta* sunt.

Auf den ersten Blick wird man es willkürlich und gezwungen finden, daß ich unter Nr. 2. zwei Punkte vereinige, die der Jurist grammatisch trennt. Man wird sich als das Nächstliegende veranlaßt fühlen, wenn bei Nr. 1., dann auch bei dem ersten Satze von Nr. 2: si vero nemo vivit eorum, nicht das mortis tempus, sondern die spätere Zeit, wo die Legatenzahlung in Frage kommt, subintelligiren zu müssen. Und doch kann (obgleich man den Juristen Julian, oder die Ulpian'sche Entnahme des Citats nicht von einer etwas sorglosen Wortfassung wird freisprechen können) aus der Gegeneinanderstellung der Fälle mit voller Sicherheit entnommen werden, daß dem Sinne nach die angegebenen drei Nummern aufgestellt werden müssen. Denn

nen Sinn zu nehmen, wie in dieser Stelle mit voller Deutlichkeit aus dem Gegensatz der folgenden Nr. 3. erhellt. Denn wäre hier bei Nr. 1. hinzuzudenken: (si vivit) mortis tempore, so wäre es eben unrichtig, allgemein zu sagen, es seien die Legate des ersten Grades zu prästiren, da, (wie Nr. 3. sagt) si vivit mortis tempore, sed post mortem testatoris decessit, die Legate des zweiten Grades zu entrichten sind.

Digitized by Google

wenn bei si vero nemo vivit eorum nicht das mortis tempus, sondern jener spätere Zeitpunkt unterstellt werden sollte, so sagte ja der Jurist hier schon dasselbe, was er dann später unter Nr. 3. noch einmal sagte. Es müssen also unter 2. die zwei Unterfälle dem Sinne nach zusammengefaßt werden durch die beim zweiten Unterfall ausdrücklich hervorgehobene Voraussetzung des Nichtmehrvorhandenseins im Momente cum testator moritur. — Man kann auch nicht einwerfen, der erste Unterfall in dieser Weise verstanden gehöre nicht unter die gestellte Frage, daß gegen den einen Grad die c. t. nata sei und aus dem anderen die Legate prästirt würden [86]). Denn es gehören überhaupt die Nummern 1. und 2. nicht unter die gestellte Frage, sondern sie bilden nur die (andere Fälle ausscheidende) Einleitung, welche durch ihren Gegensatz die in Nr. 3. gegebene Antwort auf die Frage erst klar machen soll [87]). —

Daß überhaupt die Frage von der Legatenprästation nur zu lösen sei auf Grund der Unterscheidung des Nichtwollens und Nichtkönnens der Antretung Seitens des scriptus heres, diesen Satz habe ich [freilich als einen nur in gezwungener Weise mit meiner damaligen Ansicht von der Stellung des c. t. b. possessor zum heres verknüpften] bereits in meiner Bon. Poss. II. 1. S. 176 ff. ausgesprochen [88]). Danach aber erscheint nun, wenn man erst die richtige Gesammtan-

86) Wenn mortis tempore nemo vivit eorum (der im ersten Grad Instituirten), so werden allerdings die Legate a sequenii gradu prästirt, aber es ist auch die c. t. a sequenii gradu nata; fr. 8. §. 5. de b. p. c. t.

87) Meine Bon. Poss. II. 1. S. 175. A. 5.

88) v. Vangerow Pand. II. S. 284. ist ihm beigetreten.

Digitized by Google

schauung von der Stellung des mit einem Avocationsrecht der bona bekleideten c. t. b. possessor gegenüber dem im Uebrigen juristisch nie beseitigten heres gewonnen hat, die ganze Frage von der Legatenprästation als eine in der einfachsten Weise mit den übrigen Punkten zusammenstimmende. Insbesondere ergibt sich daraus auch, daß die Legatenprästation einerseits vom ersten und andererseits vom zweiten Grade gar nicht so steht, daß erstere die Regel und letztere nur Ausnahmsfälle enthielte. Das fr. 10. §. 2. stellt Beides nur einander gegenüber als das gewöhnlich und das bisweilen (sed nonnunquam) Eintretende. Es ist gar keine Spur in der Stelle, daß nicht das Bisweilige auf ganz derselben principiellen Grundlage ruhe wie das Gewöhnliche [89]). —

Es bleibt mir noch übrig, zwei die jetzt erörterten Fragen betreffenden Ansichten neuerer Schriftsteller zu erwähnen. Zuerst die oben bei Seite gestellte Auffassung eines Hauptautors in dieser Lehre, nämlich Francke's, über die Stellung der b. p. c. t. zur hereditas, die ich deßhalb bis hieher anzugeben unterlassen habe, weil sie gleich in besonderer Verbindung zur Legatenfrage auftritt. Francke bezeichnet die Stellung der Erbeinsetzungen und Legate gegenüber der c. t. b. p. folgendermaßen: „das Testament ist gültig errichtet, es wird nur unwirksam, wenn der Präterirte dage-

89) Schmidt S. 136. verschließt sich das richtige Verständniß von vorn herein dadurch, daß er die Legatenprästirung von einem anderen Grade, als gegen den die c. t. nata ist, als etwas innerlich Exceptionelles nimmt, wobei er dann einräumen muß: „namentlich die zweite Ausnahme" [die Nr. 3. des fr. 10. §. 2.] „bekenne ich nicht vollständig zu verstehen."

Digitized by Google

gen seine b. p. wirklich nachsucht" (S. 132.): „wenn durch die b. p. c. t. das Testament" [also mit Inbegriff der gewöhnlichen Legate] „unwirksam wird", so sollen doch nach besonderer Edictsvorschrift gewisse Vermächtnisse entrichtet werden (S. 145.). In Folge der Unwirksamkeit der Vermächtnisse werden auch revocirt die an nichtconjugirte Personen gemachten Schenkungen auf den Todesfall (S. 147.). — Also: das Testament wird „unwirksam" durch die c. t. b. p.; mit der Unwirksamkeit des Testaments aber werden „ungültig" die gewöhnlichen Vermächtnisse und mortis causa donationes. Deßhalb setzt Francke S. 147. A. 8. hinzu: „es könnte dieses Zweifel erregen gegen die gewöhnliche Ansicht, daß die Gültigkeit dieser Schenkungen stets unabhängig sei von der Gültigkeit des Testaments". — So ist aber nicht die römische Argumentation. Dem c. t. b. possessor ist das „hereditatem petere" gewährt (fr. 13. pr. de b. p. c. t.) und zwar das auferre der (abgesehen von den Zuwendungen an coniuncti) unbeschwerten hereditas. Er kann also auch die (an Nichtverbundene hinterlassenen) Vermächtnisse und („comparatione legatorum" fr. 20. §. 1. de legat. praest.) auch die mortis causa donationes „auferre" (fr. 3. pr. eod.). Aber bei diesem Avocationsrechte der materiellen *bona* sind im juristischen Sinn Testament und Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall ganz „wirksam" und „gültig"; sie werden nur unwirksam und ungültig nach den gewöhnlichen civilrechtlichen Regeln. —

Sodann noch eine Ansicht Schmidt's. Er bringt die Legatenfrage in besondere Beziehung zu der oben besprochenen von der Pupillarsubstitution, und sucht letz-

Digitized by Google

tere aus jener zu erklären. „Was ist natürlicher (S. 148.), als die Annahme, daß man diese Aufrechthaltung (der Pupillarsubstitution) als eine Erweiterung des, den Antritt der testamentarischen Erbschaft nicht zur Voraussetzung habenden, edictum de legat. praest. ansah, mithin sie dem Principe dieses Edicts gemäß... bei nachgesuchter c. t. b. p. überhaupt gelten ließ, auch wenn Niemand aus diesem Testamente Erbe geworden war"? — Aber das „Princip des ed. de legat. praest." ist Aequität gegen die parentes et liberi. Wie sollten die Römer dazu kommen, nach diesen Legaten, die (der Tendenz der c. t. zuwider) dem b. possessor materielles Vermögen entziehen, die Pupillarsubstitution zu beurtheilen, die, auf eine andere hereditas gerichtet, sich gar nicht als Begünstigung von exceptae personae auffassen läßt? Und wenn be diesen exceptionell behandelten Legaten allerdings der Antritt der testamentarischen Erbschaft für gleichgültig erklärt werden mußte (während mors vel qua alia ratio der Verhinderung des Antritts die Legate des belasteten Institutus hinfällig machten), wie soll man daraus für die Pupillarsubstitution haben folgern können, daß sie gültig sein solle, nicht bloß wenn der lebende Erbe die Antretung unterließ, sondern überhaupt wenn „Niemand aus diesem Testament Erbe geworden war"?

13. — 5) Weiter kann auch die Ausschlagung der *scripti heredes* in eigenthümlicher Weise auf die erbetene c. t. b. p. zurückwirken. Ebenso wie nach dem vorher Bemerkten trotz der c. t. b. p. in Folge der Ausschlagung des institutus die Delation der hereditas weitergeht an den substitutus, so daß dieser die Erb-

Digitized by Google

schaft anzutreten berechtigt ist (A. 78.), so kann es auch nach Ausschlagung sämmtlicher scripti zur Weiterdelation an die civilen Intestaterben kommen. Freilich kann das der einmal erbetenen c. t. nichts schaden, wenn es sich um Civilintestaterben handelt, mit denen der Notherbe sich auch in seiner intestaten Erbenstellung keinerlei Concurrenz gefallen zu lassen braucht, also Agnaten. Anders aber ist es, wenn ein suus vorhanden ist, neben dem ja ab intestato ein präterirter prätorischer Notherbe nur seinen Theil in Anspruch nehmen kann. Denken wir uns diesen suus im Testamente exheredirt. Alsdann ist, da die c. t. nach ihrem eigenen Principe dem Bestande der Exheredationen nicht widerstrebt, dieser suus, sobald der scriptus heres die Erbschaft antritt, völlig von der Erbschaft ausgeschlossen. Wird aber das Testament durch Ausschlagung der scripti destitut und die Intestaterbfolge eröffnet, so hat ab intestato die Exheredation für den suus keine Bedeutung. Anderentheils aber kann der c. t. b. possessor, obgleich er seinerseits solcher bleibt, doch dem ab intestato einmal eintretenden suus mit der c. t. nur zu demselben Theil entgegentreten, wie er dem suus gegenüber auch ab intestato in Anspruch zu nehmen vermag. Diesen Fall bespricht das bekannte:

Fr. 20. pr. de b. p. c. t. (Tryphonin.[90]): Filium, quem in potestate habebat, exheredavit, emancipatum praeteriit: quaesitum est, quatenus emancipatus bonorum possessionem habiturus sit. dixi, *si scripti heredes extranei adierint hereditatem*, repellendum esse filium, qui mansit in potestate. quod *si hi repudiaverint* ... [vgl. A. 69.], filius ab inte-

90) Vgl. Mühlenbruch Commentar XXXVII. S. 10 ff.

Digitized by Google

stato patris [patri?] suus heres deprehendetur: emancipatus autem petens c. t. b. possessionem solus habebit b. possessionem. sed cum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti (ideoque non obstare eam nec quo minus c. t. libertorum patris accipiat b. possessionem, Julianus recte respondit, ne testamentum ad omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse [91]) videatur), *redit res ad intestati exitum* [92]), ut adversus filium suum ex asse he-

91) Vgl. fr. 12. §. 5. de bonis libertor. 38. 2: Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est neque petita b. p., liberis exheredatio non nocet; absurdum est enim, in hoc tantum valere testamentum, ut exheredatio vigeat cum alias non valeat. Das fr. 20. pr. ſagt, mit dieſer Stelle übereinſtimmend: wenn das Teſtament deſtitut, alſo ad omnia irritum geworden, und der suus heres zur Inteſtaterbfolge gelangt iſt, ſo kann die an ſich in der Exheredation liegende perſönliche Unwürdigkeitserklärung des Vaters (nota), da die exheredatio mit dem Teſtamente ungültig iſt (nullius momenti) [vgl. noch fr. 13. §. 2. de lib. et post. 28. 2.], dem Sohne nicht entgegengehalten werden, wenn er gegen den Freigelaſſenen ſeines Vaters die b. p. c. t. liberti geltend macht.

92) Unrichtig nimmt Schmidt a. a. O. S. 104. die Worte ſchon von: sed cum an bis videatur als parenthetiſche, und beginnt mit Redit (wobei er noch ein enim hinzu vermuthet) einen neuen Satz. Die Worte: redit res ad intestati exitum ſind der Nachſatz zu dem Vorderſatz: sed cum exheredatio . . . nullius sit momenti, und die Parentheſe enthält lediglich (von ideoque an) die ganz abgetrennte Frage rückſichtlich der b. p. c. t. liberti. Richtig interpungirt ſo auch die Mommſen'ſche Ausgabe.

Digitized by Google

redem ab intestato patri emancipatum praetor in parte dimidia tueatur. *erit ergo venale beneficium* scripti heredis extranei, ut cum ipse iure hereditatis nihil sit consecuturus [vgl. A. 67.], adeundo repellat filium in potestate relictum praestetque assem emancipato filio iure c. t. b. possessionis: *si autem omiserit hereditatem*, in portionem bonorum exheredatum effectu [Cuiac. Mommsen [93])] admittet, iure factum solum suum heredem. sed quemadmodum *praetor emancipatum tueatur*, si adita non fuerit hereditas, ita.. cet. (Uebergang zur Inofficiositätsfrage).

Diese Stelle wird von der unrichtigen Anschauung aus, daß die c. t. das Testament „zerstöre", „aufhebe", heutzutage wesentlich mißverstanden. Man nimmt an [94]), daß die Stelle eine Besonderheit enthalte, indem vom Prätor, aus dem in der Parentheſe der Stelle (vgl. A. 91.) angegebenen Grunde: „ne testamentum ad omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur", hier dem civilrechtlich ab intestato eintretenden suus sein Theil gewährt werde, während doch, wie Mühlenbruch es ausdrückt, an und für sich die Destitution keineswegs bewirke, daß nicht b. p. c. t. sondern die reine Intestaterbfolge eintrete. Es widerspricht dies aber ganz den unbefangen genommenen Worten des Juristen. Die Parentheſe

93) Die Flor. lieſt effectum, was Mühlenbruch und Schmidt zu vertheidigen ſuchen. Mommſen citirt als Parallelſtelle fr. 15. pr. de legat. pr.: quia effectu fratris aufert partem dimidiam.

94) Mühlenbruch S. 10. Schmidt S. 103. Irrthümlich auch die Darſtellung in meiner Bon. Poss. II. 1. S. 191—194.

Digitized by Google

über die c. t. liberti hat mit der übrigen Argumentation der Stelle gar nichts zu thun. Diese letztere stützt sich, wie in allen bisher betrachteten Fragen, einfach auf die Voraussetzung, daß das Testament trotz der erbetenen c. t. b. p. in einer auch vom Prätor anerkannten Weise ein juristisch vollständig gültiges ist. Also die Antretung bez. Ausschlagung des heres muß in ihren Consequenzen auf den das Vermögen an sich ziehenden c. t. b. possessor zurückschlagen. Tryphonin sagt: die Antretung ist Voraussetzung der Gültigkeit der Exheredation, und damit trifft das eigene Princip der c. t. ganz zusammen, indem durch die Exheredation der das materielle Vermögen an sich ziehende c. t. b. possessor von einem Mitprätendenten frei wird [95]). Danach ist es denn auch eine ganz von selbst sich aus dem Interesse der Betheiligten entwickelnde Sache, daß hier, wie in dem oben Ziff. 8. a. E. entwickelten Fall, sich Privatverhandlungen zwischen bonorum possessor und Eingesetztem entwickeln werden, und es ist vom Stand-

95) Die Ausdrucksweise Tryphonin's ist wohl zu beachten. ut cum ipse iur. h. nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum *praestetque assem* emancipato filio iure c. t. b. possessionis. Hat der Erbe angetreten, so kann man, wenn auch nicht wie beim Universalfideicommiß eine besondere restitutio hereditatis nöthig ist, doch in Wahrheit sagen, daß damit der heres das Aß verschafft. (Vgl. A. 41.): Wie sehr Mühlenbruch den Gedankengang der Stelle verkennt, zeigt sich darin, daß er von diesen Worten sagt: „Dieser Satz enthält eine bloße Nebenbemerkung: von dem eingesetzten Erben und dessen. ebenfalls erkäuflicher Gunst will Tryphonin sagen, hängt es ab, ob der Enterbte ganz ausgeschlossen . wird."

Digitized by Google

punkt der classischen Zeit aus ein ganz loyaler Anspruch des Letzteren, daß der b. possessor ihm für die Antretung eine Vergütung gebe. — Umgekehrt wenn der heres ausschlägt, so kann freilich der juristische Bestand der mortis tempore semel nata c. t. b. p. nicht mehr afficirt werden, und die c. t. umfaßt auch das ganze Vermögen, sobald wir uns nach Ausschlagung des scriptus die Agnaten als die legitima hereditas antretend denken. Ist aber ein exheredirter suus heres vorhanden, so stellt sich die Sache in Folge der „ex necessitate“ [96]) eintretenden Intestaterbfolge rücksichtlich des vom c. t. b. possessor zu erlangenden Vermögens wesentlich anders. Dies ist es, was Tryphonin bespricht. Er sagt: der suus wird ab intestato an sich heres auf's Ganze, der prätorische Notherbe mit seiner semel nata b. p. ist an sich solus b. possessor. Da aber nach prätorischen Grundsätzen (sowohl der c. t., wie der unde liberi b. p.) der suus und der emancipatus sich neben einander anerkennen müssen, so kann dieser Conflict der zwei je auf das Ganze gerichteten Berechtigungen nicht so gelöst werden, daß Einer dem Anderen vorgehe, sondern nur so, daß sie *nebeneinander*, Jeder auf seinen Theil nach den Grundsätzen seiner Successionsart [97]), zugelassen werden (si autem

96) Man wird unbedenklich diesen Ausdruck aus fr. 8. §. 2. de legat. praest. (A. 50[a].) hier herüber ziehen dürfen.

97) Fr. 20. §. 1. de b. p. c. t.: iste enim qui mansit in potestate, quod exheredatus nominatim fuit, non est vocatus ad b. possessionem c. t. — — emancipatus tamen non inde (ab intestato) accepit bonorum possessionem. §. 2. . . erit ergo melior hoc casu condicio in familia relicti filii, quam foret si exheredatus non esset.

Digitized by Google

omiserit hereditatem, *in portionem* bonorum exheredatum effectu admittet, iure factum *solum* suum heredem). Auch hier verkennt Mühlenbruch ganz die Tryphoninische Argumentation, indem er rücksichtlich dieser Worte bemerkt: „die wiederholte Hinweisung darauf, daß der Enterbte nach Civilrecht (iure) auf das Ganze ein Recht habe, ist hier übrigens nicht bloß überflüssig, sondern für den logischen Zusammenhang störend." Die Argumentation Tryphonin's ruht wesentlich darauf, daß der Prätor, wie einmal die c. t. dem Civilrecht sich gegenüber stellt, den Exheredirten nur „ex necessitate" des von ihm anerkannten Civilrechts [Ausschlagung des testamentarischen Civilrechts, und Eintritt des exheredirten suus heres in die legitima hereditas] die angegebene Stellung neben dem präterirten prätorischen Notherben, der *solus* und also auf die ganze Erbschaft die c. t. erhalten hat, gewährt. Dagegen von seinem prätorischen Standpunkte aus hat er mit dieser semel nata und data c. t. b. p. den Erbbesitz definitiv vergeben [98]). Ebenso also, wie nicht anzunehmen ist, daß der scriptus heres in unserem Fall neben seiner hereditatis aditio noch sec. tab. b. p. erbitten könnte, so ist es auch nicht denkbar, daß wenn wir als den Exheredirten nicht einen suus heres sondern einen Emancipirten supponiren, dieser nach Ausschlagung des heres eine b. p. unde liberi erbitten und mit seinem präterirten Bruder in Concurrenz zu treten verlangen könnte [99]).

98) Fr. 42. §. 2. de bon. lib. 38. 2: . . ex prima parte *accipiat* . . . et sine dubio qui sequentis gradus sunt . . non admittuntur interim: *cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur accipere non potest.*

99) Es ist daher ein Mißverständniß, wenn Schmidt a.

Digitized by Google

14. — 6) Nach den mannigfaltigen bisher betrachteten Eventualitäten: daß neben der erlangten c. t. b. p. von Seiten des scriptus entweder die Antretung, oder gleichviel Antretung wie Ausschlagung, oder endlich die Ausschlagung unterstellt wurde, — kehre ich nochmals zur Voraussetzung der Antretung zurück.

Es ist jetzt nach den verschiedensten Seiten hin gezeigt worden, daß die c. t. b. p. die testamentarische hereditas nicht „aufhebt" oder „beseitigt", sondern anerkennt; nur daß entweder: wenn der scriptus nach dem mortis tempus wegfällt, die c. t. als mortis tempore semel nata ihren einmal errungenen Platz auf die ganze Erbschaft (bezüglich einen Theil derselben) behauptet; oder: wenn der scriptus heres angetreten hat, die c. t. mit Rechtsmitteln versehen ist, um trotz des scriptus die bona unbelastet von den Vermächtnissen an extranei einzuholen, im Uebrigen aber die Rückwirkungen der hereditatis aditio auf die c. t. b. p. anerkennen muß [100]).

Ich hob bereits in Ziff. 5. hervor, daß, gegenüber dem juristisch völlig fortbestehenden Testamente, nur unter der Voraussetzung der Ertheilung der c. t. b. p. das Recht des cum re-Seins gegeben worden ist. Darin liegt — als letzte der hier durchzugehenden De-

a. O. sagt: „nehmen wir nun an, daß nicht, wie in dem Fall der Stelle, ein suus exheredirt war, sondern ein emancipatus, so wird derselbe, wenn der eingesetzte Erbe ausschlägt, gerade ebensogut zur Erbfolge ab intestato kommen müssen."

100) Vgl. auch, über die frühere Auffassung der Stellung der c. t. b. p. zur her. aditio des Eingesetzten, die in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 399. erwähnte Ansicht des Baldus.

Digitized by Google

tailfragen — daß, wenn wir uns denken, es komme zur Ertheilung der b. p. c. t. gar nicht, die erworbene testamentaria hereditas [welche nicht bloß „im Hintergrunde", sondern immer im juriſtiſchen Vordergrunde auch neben der agnoscirten c. t. geſtanden haben würde] nun von der Laſt frei wird, die das dem c. t. b. possessor gewährte Avocationsrecht der bona ihr aufzulegen drohte. Die hierin liegenden Momente ſind jetzt noch in's Auge zu faſſen.

a) Wenn dem heres, gegen den c. t. erbeten werden kann, ein Univerſalfideicommiß aufgelegt iſt, ſo darf, wie auch ſchon oben erwähnt wurde, (vgl. Ziff. 10. bei A. 71.) bei wirklich ertheilter b. p. von einem Zwange auf Reſtitution der hereditas gegen den heres nicht mehr die Rede ſein. Iſt aber die Erbittung der b. p. noch in der Schwebe, ſo hat, für den Fall, daß es zur c. t. nicht kommen wird, der Zwang zur Reſtitution in der That ſeine Bedeutung und muß alſo auch als zuläſſig anerkannt werden. Dies iſt es, was offenbar in einer Stelle ausgeſprochen wird, die uns in ihrem florentiniſchen Texte gleich auf den erſten Blick als verderbt entgegentritt [1]). Die Schlußworte von ne inter-

1) Fr. 28. (27.) §. 6. ad SC. Treb. (36. 1.) (Julian.): Quotiens filius emancipatus b. possessionem c. t. accipit, nulla ratio est compellendi heredis ad restituendam hereditatem . . . . Marcellus: plane *non* est compellendus adire, si iam filius bonorum possessionem, *ne intercidat fideicommissum mortuo herede instituto et omissa a filio bonorum possessione.* Mommſen will ſo helfen, daß er einſchiebt: plane non est compellendus adire, si iam filius bonorum possessionem [accepit: sed compelli potest, si nondum agnovit filius bonorum possessionem], ne intercidat, cet.

Digitized by Google

cidat an zeigen deutlich, daß Marcellus sagt, es finde wegen dieser Rücksicht doch ein Zwang zur Restitution, wenn noch keine c. t. b. p. erbeten worden ist, statt. — Die einfachste Sanirung der Stelle ist wohl, daß man (unter der ganz nothwendigen Supplirung des Worts accepit) eine Verschiebung des *non* durch den Schreiber voraussetzt, und demnach, wie schon Löhr nach der Ausgabe des Contius angiebt [2]), liest: plane est compellendus adire, si *non* iam filius bonorum accepit possessionem, ne intercidat u. s. w.

b) Das Correctorische der c. t. b. p. liegt darin, daß dem Notherben ein auch den scriptus heres besiegendes Einforderungsrecht der bona gegeben worden ist. Aeußerlich spricht sich dies darin aus, daß der Prätor dem Notherben eine Frist zur Agnition der b. p. c. t. vor der Frist der sec. tab. b. p. einräumt. Wird darin c. t. erbeten, so kommt es gar nicht zu einer Delation der sec. tab. b. p. (vgl. oben A. 98.). Läuft aber die Frist der b. p. c. t. unbenützt ab, so steht dem scriptus, wie ihm die hereditatis aditio ja immer offen gestanden, nunmehr auch die Agnition der sec. tab. b. p. frei. Unterläßt er diese, so könnte man meinen, daß gegenüber dem sich mit der her. aditio begnügenden scriptus die Delation der b. p. weiter liefe, also der seine b. p. c. t. versäumende Notherbe, nach unbenütztem Ablauf der Frist für die sec. tab. b. p., ab intestato die b. p. unde liberi erbitten könnte. Es würde dies aber ganz irrig sein. Das correctorische Recht des Notherben besteht nach seiner äußeren Erscheinung darin, daß ihm eine Frist vor der sec. tab. eingeräumt worden ist. Benutzt er diese

2) v. Löhr's Mag. III. S. 301. A. 1.

Digitized by Google

Frist nicht, so ist sein Recht zu Ende und nicht auf Umwegen noch wieder einzuholen. Hätte also nichts destoweniger der Notherbe, nach Ablauf der Frist für die sec. tab. b. p., de plano die b. p. unde liberi agnoscirt, so würde sich dies gleich bei Geltendmachung der Rechtsmittel aus der b. p. als wirkungslos erweisen, indem der antretende scriptus heres dieselben mit der exceptio des heres-Seins zurücktreiben würde [3]).

Fr. 2. si tab. test. null. 38. 6. (Julian.): Emancipatus praeteritus, si c. t. b. possessionem non acceperit et *scripti heredes adierint hereditatem*, sua culpa amittit paternam hereditatem: nam quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, *non tamen eum praetor tuetur*, ut bonorum possessionem accipiat unde liberi [4]).

Ich erlaube mir hier einen Punkt anzuknüpfen, der eigentlich schon an eine frühere Stelle gehörte (s. Ziff. 3. A. 22. a. E.), aber erst hier, wegen der Verwandtschaft in der Argumentation, am einfachsten seine Erledigung findet. Es kann nämlich vielleicht (ein Mehres will ich nicht behaupten) auch im Gebiete der Intestatsuccession ein Fall eingetreten sein, welcher eine dem eben besprochenen gleichartige Behandlung erfahren

3) Vgl. Bd. I. dieser Serie S. 406. A. 10. — Es ist auch möglich, daß, da die b. p. unde liberi als non data erscheint, die Klagen aus der b. p. gleich denegirt wurden.

4) Ebenso auch die Stellung der b. p. c. t. liberti gegen den antretenden scriptus heres. Die citirte Stelle fährt fort: nam et patronum praeteritum, si non petet c. t. b. possessionem, ex illa parte, unde legitimi vocantur, non solet tueri praetor adversus scriptos heredes.

Digitized by Google

hat. Wenn in der Klasse der *legitimi* der Agnat die Frist von 100 Tagen verstreichen läßt, ohne die ihm deferirte b. p. unde legitimi zu agnosciren, dagegen in dieser Zeit die ihm deferirte hereditas antritt, so kann allerdings *proximitatis nomine* [5]) die b. p. unde cognati vom nächsten Cognaten agnoscirt werden, es ist aber die Frage, ob nicht auch hier zu sagen wäre: *non tamen praetor eum tuetur*. Freilich liegt die Sache nicht so, daß die nach der aditio des vorstehenden heres ertheilte b. p. als gänzlich non data erschiene, da der b. possessor keine ihm früher offenstehende Frist ungenützt gelassen hat; also auch nicht so, daß er nicht aus der iure data b. p. unde cognati gegen Dritte ungehindert sollte klagen können. Wohl aber läßt sich denken, daß der Prätor den nachstehenden b. possessor gegen den vorstehenden (innerhalb der Agnitionsfrist freilich nicht b. p. agnoscirenden, aber doch her. aditio vornehmenden) heres in folgender Weise „non tuetur“: Wenn der b. possessor unde cognati mit dem Int. quor. bonorum gegen den besitzenden heres klagt, so soll dieser dagegen gleich eine exceptio auf Grund seines zeitig innerhalb seiner Agnitionsfrist erworbenen vorstehenden Civilrechts vorschützen dürfen. Er braucht dann also nicht erst das Vermögen, wie dies an sich der Effect des Interdictsprocesses sein würde [6]), an den bon. possessor herauszugeben, um hinterdrein durch Anstellung der hereditatis petitio die b. p. in der regulären Weise zur

5) Dies ist der technische Ausdruck für den Berechtigungsgrund zur b. p. unde cognati; fr. 3. unde cogn.; fr. 4. eod.; fr. 8. pr. de suis et legit.; Gai. III. 27; Paul. sent. IV. 8. §. 22.

6) Vgl. Bd. I. dieser Serie. S. 404—406.

Digitized by Google

sine re machen zu müssen. Es würde damit dem heres ein nicht geringer Vortheil erwachsen. Denn wenn er auch das positive Beneficium der b. p. durch seine Säumigkeit verscherzt hat, so ist es doch ein nicht geringer, und nach Lage der Sache auch wohl zu billigender Vortheil, wenn er, gestützt auf die innerhalb der prätorischen Frist wenigstens vorgenommene Civilantretung, gleich exceptionsweise das Hin- und Hergeben der Güter und die doppelten Processe elidiren kann. — Es fragt sich nur, ob dieser Punkt sich aus den Quellen wirklich nachweisen läßt? Wir haben eine in ihrer Fassung freilich nicht unverdächtige Stelle, die jedenfalls in diesem Sinn verstanden werden kann.

Paul. sent. IV. 8. §. 21 [7]): Legitimi heredes iure civili *intra centesimum diem nisi adierint hereditatem*, ad proximos eadem successio transfertur.

D. h. hat der heres nicht in der Frist der b. p. die hereditatis aditio vorgenommen, so schützt der Prätor zunächst die von den proximi (den Cognaten) agnoscirte b. p., indem ihrem Int. quor. bon. der heres keine exceptio (doli) entgegensetzen kann. Denn da er in der, der klägerischen vorausgehenden, vom Prätor gesetzten Frist sich der Erbschaft weder auf civilem noch auf prätorischem Wege angenommen hat, so ist es billig, daß der hinter ihm die b. p. Agnoscirende [der die b. p. zu einer Zeit agnoscirt, wo Niemand, den der Prätor als vorberechtigt anerkennt, sich um die Erbschaft gekümmert hat] eine effective *bonorum possessio* erhält. Demnach wird dann also der äußeren

7) Dieser §. ist von Cuiacius zuerst herausgegeben worden; s. Schulting iurispr. vetus Anteiust. ad h. l. Arndts edit. Paul. (1833) p. 115. not. 65.

Digitized by Google

Erscheinung nach an den Folgenden wirklich: successio transfertur, indem die datio bonorum possessionis etwas in ihren Rechtsmitteln zunächst Wirksames gewährt. Dabei aber muß freilich dem hinterdrein noch antretenden heres es immer offen bleiben, gegen den bonorum possessor die hereditatis petitio anzustellen und die bon. poss. zur sine re zu machen.

Wäre dies [was aber freilich immerhin auf sehr precärem Boden ruht] richtig, so würde ich meinen, daß auch z. B. der intra centesimum diem die hereditatis aditio vornehmende scriptus heres gegen die nachher ab intestato agnoscirte b. p., falls er als Besitzer mit dem Interdictum quorum bonorum in Anspruch genommen wird, sich durch exceptio gleich im Besitze habe erhalten können [8]).

15. — 7) Ich ziehe jetzt, — in dieser für das Gesammtverständniß des Systems der b. p. in der classischen Zeit nahezu wichtigsten Frage —, das aus den bisher geführten Detail-Untersuchungen für das Wesen der correctorischen Klassen zu entnehmende Gesammtresultat. Man hat sich, indem man insbesondere die c. t. b. p. als eine das Testament „aufhebende" oder „beseitigende" (oder dergl.) Succession bezeichnete, viel zu sehr von einem selbstgeschaffenen und in die Sache hineingetragenen Begriff des „Correctorischen" oder „Impugnativen" leiten lassen.

8) Huschke iurispr. Antei. p. 421. verändert die Stelle folgendermaßen: legitimi heredes iure civili antiquo intra centesimum diem si tantum adierint hereditatem, ad proximos eadem successio transfertur. Dann allerdings enthält sie etwas ganz Unschädliches.

Digitized by Google

Wir haben aber den Begriff des Correctorischen, der nichts Festes, Unwandelbares bedeutet, umgekehrt erst aus der Sache herauszuholen und nach den vorgefundenen Elementen zu bilden.

Man hat insbesondere aus der Art der dem b. possessor gegen den heres zustehenden Schutzmittel das Wesen der correctorischen Klassen feststellen wollen. Während Huschke meint, daß der Prätor nicht civilrechtliche Klagen verweigern durfte, da er wenigstens formell dem Civilrecht habe gehorchen müssen, daß er also gewiß dem c. t. und unde liberi b. possessor nur eine doli exceptio gegen die hereditatis petitio gegeben habe, findet Fabricius (und Schmidt) das Mittel zur „Ausschließung" des Civilerben in der Denegation der Klagen. Aber weder das Eine noch das Andere trifft den eigentlichen Punkt. Das was man sucht als das eigentliche Moment des Correctorischen, nämlich die Beseitigung, Ausschließung, Aufhebung des heres-Sein und der Antretung bez. Ausschlagung des heres (d. h. der testamentarischen oder intestaten Civilerbenstellung im juristischen Sinn) ist eben gar nicht vorhanden. In diesem Sinn ist weder die c. t. noch die unde liberi eine correctorische Klasse.

Das wirklich in dem System der b. p. geschaffene correctorische Element ist zunächst ein rein materieller (sich auf das Haben der bona beziehender) Begriff[9]). Die c. t. und unde liberi b. p. sind für cum re erklärt worden gegenüber den Klassen, die bis-

9) Cum ipse iure hereditatis (das also an sich besteht) *nihil sit consecuturus* (Ziff. 10. A. 67.); *nihil habiturus emolumenti* (Ziff. 11. A. 79).

Digitized by Google

her nach Civilrecht (und auch nach prätorischem) voran standen; d. h. der b. possessor ist in den Stand gesetzt worden, durch seine Rechtsmittel [zunächst gleichviel, welche?] die bona auch im Gegensatz zu diesen bisher voranstehenden Klassen definitiv an sich zu ziehen [10]). Also das correctorische Element der b. p. enthält kurz gesagt eine Erweiterung des Begriffs der *b. p. cum re.* Bisher war die b. p. nur dann cum re, wenn entweder der heres zugleich die b. p. hatte, oder ein emendatorisch hinter den heres gestellter b. possessor (non heres), dem der heres die bona hätte abfordern (also die b. p. zur sine re hätte machen) können, von der Möglichkeit des Auftretens des heres frei wurde. Jetzt werden non heredes als bonorum possessores aufgestellt, die dem heres die bona wegnehmen. Also die Sache dreht sich hier um. Während bisher nur der heres die bonorum possessio zur sine re machen konnte, so können nun gewisse bonorum possessores die *hereditas* zur *sine re* machen. Ich will auf diesen Ausdruck: hereditas sine re kein besonderes Gewicht legen, denn er ist nicht wie umgekehrt die b. p. sine re eine technische Bezeichnungsweise geworden; — aber den materiellen Begriff der impugnativen Klassen der b. p. bezeichnen diese

10) Auf alle Fälle muß dies in der Weise vor sich gegangen sein, daß der heres gegen den correctorisch vor ihn gestellten b. possessor mit seiner her. pet. nicht hat durchdringen, und daß umgekehrt gegen die Rechtsmittel jenes b. possessor (das Int. quor. bon. geht ja auch gegen den heres; Bd. I. dieser Serie S. 404, 405) der heres sich nicht mit Effect auf sein heres-Sein hat berufen können. S. unten Ziff. 17. a. E.

Digitized by Google

Einmal in später Zeit vorkommenden Worte [11]) vollkommen zutreffend.

Das formelle Vorrecht aber, welches noch außerdem in dem Begriff der correctorischen Klassen liegt, ist, daß ihre Fristen vor die bisher voranstehenden Klassen gestellt sind. Also die der contra tabulas vor die bis dahin prae ceteris („potissimum") zur b. p. gerufenen scripti heredes; und die unde liberi vor die prätorische Berufung der legitimi. Damit wird es also dem in diesen bisherigen Klassen stehenden heres, wenn in der ihm vorstehenden Klasse die b. p. erbeten wird, unmöglich gemacht, zur b. p. zu gelangen. Dagegen der aditio der hereditas und ihren Rückwirkungen auf die b. p. bleibt, wie gezeigt worden,

11) Ambrosius lib. IX. epistolar. ep. 73. [Opera. Basil. 1567. tom. III. p. 183.] (cf. Brissonius s. v. res): *sunt heredes sine re,* sunt et cum re, et dicuntur heredes testatore vivente, qui scripti sunt, sed sine re. (Vgl. auch Ovid. Amor. III. 3. 23: aut *sine re nomen* deus est frustraque timetur). — Das dem c. t. b. possessor gegebene „petere der hereditas" (fr. 13. pr. de b. p. c. t.) und „auferre" der Legate und mortis causa donationes (fr. 3. pr. de legat. praest.) ist also zu paralleliſiren dem „*avocare* hereditatem" bei der b. p. sine re. Gai. II. 148. 149. Gerade so wie eine vom heres zur sine re gemachte b. p. immer eine gültige, nur ihres materiellen Gehalts entblößte b. p. ist, so ist eine vom correctorisch hingestellten b. possessor zur sine re gemachte hereditas immer juristisch gültig, aber ihres materiellen Gehalts entkleidet. — Unrichtig ist in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 410. der Ausdruck hereditas sine re als absolut „quellenwidrig" bezeichnet worden. Daß übrigens Ambrosius in obiger Stelle den Ausdruck nicht in genau juristischer Weise verwendet, ist klar.

Digitized by Google

voller Spielraum. Dieser läßt es nach allen Seiten hin durchleuchten, daß man sich in der classischen Zeit die Gegeneinanderstellung von bonorum possessor und heres auch in diesen correctorischen Klassen, also insbesondere von c. t. b. possessor zum scriptus, noch immer so denkt, wie wenn wir im Deutschen sagen würden: der Eine ist der Erbe, der Andere der magistratisch geschätzte Erbbesitzer. Nicht darauf kommt es bei solchem Gegensatze an, ob der Letztere definitiv das Vermögen, durch die magistratischen Rechtsmittel geschützt, behält; sondern darauf, auf welcher Seite der Vollbegriff der Rechtsstellung und die rechtliche Grundquelle der Einzelbefugnisse liegt. Diese aber vereinigt in sich noch immer der heres. Hat er angetreten, so bekommt er freilich nichts vom Vermögen; aber es gilt doch Alles als von ihm an den bonorum possessor übergehend. Hat er ausgeschlagen, so geht (trotz jenes vorhandenen Erbbesitzers) die Delation der Erbfolge weiter, und Beides, Antretung wie Ausschlagung, hat [wie einstmals die Rechtsentscheidung der Souverainetät über dem die Macht habenden Maior domus] nothwendige (ex necessitate) juristische Rückwirkungen auf den durch die magistratische Autorität gedeckten Erbbesitzer.

16. — C. War die Feststellung des correctorischen Elements im Gesammtsystem der b. p. der schwierigste (aber auch zugleich wichtigste) Theil der Untersuchung, so stellt sich die über die Bedeutung des testamentarisch-emendatorischen Elements aufzuwerfende Frage (vgl. Ziff. 2.) wieder einfacher. Sie ist daher auch kürzer zu erledigen.

1) Es hat der Prätor in seiner sec. tab. b. p.

Digitized by Google

nicht bloß confirmatorisch ganz auf Grund des Civilrechts, also aus einem *recte* factum testamentum, eine bonorum possessio gegeben. Er ist nach und nach in einer Reihe von Fällen [12]) über das Civilrecht hinausgegangen, und hat einem nach Civilrecht unberechtigten Eingesetzten (also einem *non heres*) b. p. secundum tabulas gegeben. Ueber dieses Element hat erst Gaius die nöthigen Aufschlüsse ertheilt, um danach auch die im Corpus iuris verstreuten hiehergehörigen Bruchstücke richtig beurtheilen zu können. Es hängt dies zusammen mit der schon im ersten Bande dieser Serie [13]) dargestellten, positiv neuen Bestimmung des Prätors, daß, wenn nur das Testament mit 7 Siegeln signirt ist, er die secundum tabulas b. p. zusagt, ohne daß an sich ein gewisser zu Tage tretender civilrechtlicher Mangel der Gültigkeit der *datio* b. possessionis schaden soll [14]). Darin also liegt, daß die in der gewöhnlichen Frist, nach unbenutztem Ablauf der etwa voraufstehenden Frist der c. t., ertheilte b. p. se-

12) Welche dies sind, ist erst bei Darstellung der secundum tabulas b. p. im Einzelnen festzustellen.

13) Bd. I. S. 464 ff.

14) Gai. II. 118: Observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela sit, faciat testamentum, tutore auctore facere debeat, alioquin *inutiliter iure civili* testabitur. 119. Praetor *tamen* si septem signis testium signatum sit testamentum, *scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur.* 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt, vel iure facta postea irrita facta aut rupta sunt: nam si septem testium signis signata sint testamenta, *potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

Digitized by Google

cundum tabulas die Kraft hat, alle weitere Ertheilung von bonorum possessiones ab intestato zu verhindern (Ziff. 13. A. 98). Der Prätor mithin erklärt, seinerseits den in solchem Testament Geschriebenen für gültig eingesetzt ansehen, und mit den aus einer gültigen b. p. hervorgehenden Rechtsmitteln versehen zu wollen.

Aber dieser prätorische Rechtssatz ist nicht correctorisch gemeint. Der aus solchem Testament sec. tab. b. p. Erlangende macht es nur den rein prätorisch ab intestato Gerufenen (unde cognati und unde vir et uxor) definitiv unmöglich, zur Erbschaft zu gelangen. Also gegenüber den Cognaten und Ehegatten ist wirkliche testamentarische Successsion vorhanden, mithin die Intestatsuccession ausgeschlossen. Dagegen nach Civilrecht existirt kein Testament, ist vielmehr die Intestatsuccession eröffnet, und daran will der Prätor nichts corrigiren. Nur das emendirt er gegenüber den Civilintestaterben, daß sie, da der Prätor dem Instituirten die sec. tab. b. p. ertheilt hat, also den Civilintestaterben den Zugang zur b. p. unde legitimi versagt, lediglich auf ihr Civilintestaterbrecht angewiesen sind.

Dies Civilintestaterbrecht [15]) wird ihnen dafür, daß sie von der b. p. durch die ertheilte sec. tab. b. p. ausgeschlossen sind, ohne alle weitere Behinderungen, da der Prätor keinerlei Correction des Civilrechts hier im Sinn hat, vom Prätor anerkannt.

15) Unter gewissen Voraussetzungen kann außer diesen Civilintestaterben auch noch ein Civiltestamentserbe (aus einem anderen iure civili gültigen Testamente) als unserem secundum tabulas b. possessor gegenüberstehend gedacht werden. Ich gehe aber auf die Erklärung aller hier in Betracht kommenden Fälle nicht ein.

Digitized by Google

a) Wie früher gezeigt worden, kann innerhalb der confirmatorischen sowie der suppletorischen Klassen im Gegensatz zum heres die b. p. so gegeben werden, daß der b. possessor sein Interdict quorum bonorum auch gegen den *heres* durchzuführen im Stande ist. Er verlangt also Herausgabe der bona, die dann erst durch Anstellung der her. petitio [wie man in alter Zeit sagte: durch das lege agere] der heres sich wieder zurückholen muß. Nur unter gewissen mehr oder weniger zweifelhaften Voraussetzungen, hat sich gezeigt, konnte der heres gegen das Interdict schon vertheidigungsweise sich schützen [16]). — Weiter hat sich jetzt bei den correctorischen Klassen ergeben, daß ihre practische Stellung gerade darin besteht, daß der Klage des bonorum possessor der heres kein Vertheidigungsmittel entgegensetzen kann [17]). — Hier dagegen bei dem testamentarisch-emendatorischen Elemente gestaltet sich die Sache umgekehrt. Der Civilintestaterbe hat gar keine Agnitionsfrist versäumt, da ihm noch gar keine Frist der b. p. gelaufen ist, und agnita sec. tab. b. possessione überhaupt nie eine laufen wird. Es wäre also geradezu unbillig, wenn der Prätor die ertheilte sec. tab. b. p., die ja gegen den heres nicht correctorisch sein soll, doch in der Weise gegen ihn „tueri" wollte, daß der etwa besitzende heres erst an den mit dem Interdict quorum bonorum gegen ihn klagenden sec. tab. b. possessor die Erbschaftssachen herausgeben, und hinterdrein mit der hereditatis petitio gegen den b. possessor auf Rücklieferung der Erbschaft klagen müßte. Vielmehr ist dem heres gleich

16) Bd. I. dieser Serie S. 406. und oben Ziff. 14. a. E.
17) S. oben A. 10.

Digitized by Google

gegen den mit dem Interdict klagenden bonorum possessor die exceptio doli gewährt worden.

Fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Papinian.): Testamento facto Titius arrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus vita decessit (einer der vom Prätor zur sec. tab. b. p. zugelassenen Fälle). scriptus si possessionem petat (d. h. wenn er b. p. erbittet und demgemäß auf Grund der data b. p. klagt), *exceptione doli mali summovebitur.*

b) Wird dem Civilintestaterben schon exceptio doli gegen die Klage des b. possessor gegeben, so muß natürlich auch, wenn der b. possessor sich durch Privatbesitzergreifung oder durch Klagen gegen Dritte in den Besitz der bona gebracht hat, der Civilintestaterbe ihm mit hereditatis petitio die Erbschaft abfordern, also die b. p. zur *sine re* machen können [18]).

Hat sich vorher bei den correctorischen Klassen eine Erweiterung des Begriffs der b. p. cum re ergeben, so finden wir hier umgekehrt eine Erweiterung des Begriffs der b. p. sinè re. Bei den confirmatorischen und suppletorischen Klassen ist der die b. p. zur sine re Machende ein heres, den der Prätor als vorstehend

18) Gai. II. 148: Sed *qui secundum tabulas* testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sunt, aut iure factae postea ruptae vel inritae factae sunt, *bonorum possessionem accipiunt,* si modo possunt hereditatem optinere habebunt bonorum possessionem cum re; si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. 149. Nam *si quis heres iure civili* institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento vel ab intestato iure legitimo heres sit, *is potest ab iis hereditatem avocare.*

Digitized by Google

anerkennt, und der nur entweder nicht in der Lage war[19]) oder keine Luſt hatte, die bon. possessio vor dem betreffenden b. possessor zu erbitten, dem alſo die hereditatis petitio auf Grund ſeines vorſtehenden Civilrechts zuſteht. Hier dagegen hat der Prätor eine b. p. gegeben, die er dem Civilinteſtaterben vorſtellt, weßhalb denn eben letzterer nicht zur b. p. gelangen kann. Aber der Prätor hat dieſe ſeine b. p. nicht im correctoriſchen, ſondern lediglich im emendatoriſchen Sinne aufgeſtellt; er will alſo dem heres die Geltendmachung ſeines Rechts in keiner Weiſe verkümmern. Daher erfolgt hier die hereditatis petitio auf Grund des wenn auch prätoriſch nachſtehenden, doch von der prätoriſchen Beſtimmung unbeſchränkt gelaſſenen Civilrechts.

c) Hieraus ergibt ſich denn auch zugleich, wann dieſe b. p. sec. tab. cum re wird, bez. iſt. Es ſteht dies gleich dem cum re-Werden eines nachſtehenden b. possessor in den confirmatoriſchen und ſuppletoriſchen Klaſſen. Es tritt ein, wenn der zur Durchführung der her. petitio gegen den b. possessor berechtigte heres dieſelbe nicht geltend macht, oder ohne Geltendmachung wegfällt, oder von Anfang an nicht da war[20]). Wäh-

19) So zu Cicero's Zeit: ein scriptus heres, der keine tabulae proferre kann (Bd. I. dieſer Serie S. 405); auch wohl ein in einem nuncupativen Civilteſtament Inſtituirter. (Ziff. 21. A. 37.)

20) Gai. II. 119: et *si nemo sit*, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, *ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem*; nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit, aut nuncupa-

Digitized by Google

rend also die c. t. b. p. mortis tempore das Vorhandensein des scriptus fordert, gegen den sie cum re ist, so erscheint hier umgekehrt für die sec. tab. nicht das Vorhandensein des heres erforderlich, gegen den sie im Fall seines Hervortretens sine re ist.

17. — 2) Von diesem emendatorischen Punkte, der keinerlei Correction des Civilrechts in sich faßt, ausgehend ist nun aber das römische Recht doch weiter gelangt.

a) Zunächst schon nach dem freieren Interpretationsprincip der Testamente, wonach man, — wie das im Testament Geschriebene, wenn es contra voluntatem gefordert wird, eine exceptio doli mali gegen sich hat [21]), — so auch umgekehrt die an sich gegen den secundum tabulas b. possessor begründete exceptio doli (s. Ziff. 16. Nr. a.) wegen der voluntas des Testators unter gewissen Voraussetzungen wegfallen läßt. Das Testament erscheint dann also als prätorisch völlig geschützt. Fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab. (oben Ziff. 16. Nr. a. citirt): plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, ***voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegetur*** . . . . nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testa-

tionis verba testator locutus non sit. 149. *si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt.*

21) Fr. 4. §. 10. de doli exc. 44. 4.: Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento *contra voluntatem* petat, *exceptione eum doli mali repelli* solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem repellitur.

Digitized by Google

mentum: ***non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis, quae*** in hoc iudicio [dem Int. quor. bon. oder (?) der her. petitio possess.], quamquam actori opponatur, ***ex persona tamen eius qui opponit aestimatur.***

b) Es ist aber außerdem auch (jedenfalls in gewissen Fällen) durch besonderes Gesetz dem bon. possessor secundum tabulas Rechtsschutz (exceptio doli) gegen den mit her. petitio die Erbschaft ihm abfordernden heres gegeben worden. Gai. II. 120: Sed videamus an (non) etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur: rescripto enim imperatoris Atonini significatur, eos qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, ***posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali*** [22]).

22) Dasselbe sagt Collat. XVI. 3. §. 1: *Intestati dicuntur*, qui testamentum facere non possunt, vel ipsi linum ut intestati decederent abruperunt, vel hi quorum hereditas repudiata est, cuiusve conditio defecerit. *Sane iure praetorio factum testamentum obiecta doli exceptione obtinebit.* Der Gedanke ist: an sich ist bei einem iure praetorio factum testamentum auch, wie in den vorher angegebenen Fällen, die Intestaterbfolge (iure civili) eröffnet; aber der Instituirte obtinirt gegen den Intestaterben durch exceptio doli. — Anders las diese Stelle durch (unzulässige) Zusammenziehung des §. 1. und 2. v. Löhr Mag. III. S. 297. A. 3. — Huschke (Jurispr. Antei. p. 602.) liest: . . quorum hereditas repudiata est, heredisve conditio defecerit, quive capite minuti fuerint, nisi iure praetorio facto testamento obiecta doli exceptione obtinebitur hereditas.

Digitized by Google

Wird aber gegen die her. petitio eine exceptio gegeben, so muß denn auch der dem Int. quor. bon. gegenüber bisher gewährten exceptio auf Grund des Reſcripts eine replica entgegengetreten ſein. So weit alſo dieſer Schutz des Reſcripts reicht, inſoweit iſt dem heres die Ausübung ſeines Rechts genommen, inſoweit erſcheint mithin die sec. tab. b. p. hier wiederum als correctoriſch. Aber die Correction iſt nicht vom Prätor ausgegangen, ſondern von dem ſich in das Gebiet der b. p. einmiſchenden Kaiſergeſetze, und deßhalb paßt wieder der Begriff des Correctoriſchen nicht recht. Denn dieſer bezieht ſich gerade auf die Stellung des Prätors, der das Civilrecht nicht aufheben und doch mit den Mitteln magiſtratiſcher Autorität dem practiſchen Effect nach umgeſtalten kann; während umgekehrt das Kaiſergeſetz das Civilrecht einfach aufhebt. Hievon abgeſehen iſt aber doch dieſe Rechtslage des b. possessor gegenüber dem heres für den sec. tab. b. possessor eine der oben erörterten des c. t. b. possessor durchaus gleichartige. Auch hier handelt es ſich nur darum, daß (wie Gaius es ausdrückt) die *heredes* nicht mehr *potiores habeantur* den bonorum possessores; alſo daß die bona an die Letzteren gelangen[23]). Auch hier wird (obgleich wir darüber keine Quellenerörterung haben) gleichartig wie bei der c. t. ein transire der Rechte von Seiten des antretenden heres auf den b. possessor angenommen worden ſein.

Demgemäß wird man wohl noch einen Rückſchluß

23) Vgl. auch fr. 12. §. 1. de b. p. c. t.: si . . . *potiores sunt in ea hereditate* posteriore testamento scripti heredes . . . et ita ius habet, ut cum is . . . possit *optinere hereditatem* . . . si vero *ille non possit optinere hereditatem* . . cet.

Digitized by Google

machen müssen. Der Prätor kann, wie Huschke [24]) richtig bemerkt, die actiones denegiren: wenn, wie beim SC. Trebellianum, „ein Recht durch Quellen des neueren Civilrechts materiell aufgehoben worden ist [25]), obgleich auch hier regelmäßig nur Exceptionen ertheilt wurden." Ebenso hätte auch hier in unserem Fall der secundum tabulas b. possessor, da das Recht des heres durch Kaiserrescript materiell aufgehoben und auf den b. possessor sec. tab. übertragen worden ist, für den heres eine Denegation der Klagen haben eintreten können. Da das aber nicht geschehen, vielmehr nur gegen die civilis actio eine doli exceptio gegeben worden ist, so wird um so viel mehr bei der c. t. b. p., wo nicht ein Recht durch neueres Civilrecht materiell aufgehoben, sondern nur durch den correctorisch auftretenden Prätor des commodum hereditatis entkleidet wird, dies nicht in der Form der Denegation der actiones, sondern der Gewährung einer exceptio gegen die civilen Klagen geschehen sein [26]).

24) Richter'sche Jahrb. 1839. S. 18.

25) Gai. II. 255: quamquam heres etiam pro ea parte quam restituit heres permanet, *eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur nec ulterius ei dantur actiones*, quam apud eum commodum hereditatis remanet. Fr. 1. §. 2. ad SC. Trebell. 36. 1: placet ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari qui fidei suae commissum sic ut rogati essent restituissent, sed his et in eos quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset. Paul. sent. IV. 2.

26) Danach wird auch, petita c. t. b. possessione, das Schutzmittel des antretenden heres gegen den Ver-

Digitized by Google

18. Ich ziehe jetzt zum Schluß das Resultat aus den bisherigen Erörterungen. Der Prätor hat in der Aufstellung der verschiedenen Elemente seiner b. p. mit den einfachsten Mitteln operirt. In den confirmatorischen und suppletorischen Stücken ist der hinter dem heres stehende b. possessor in die Lage gesetzt, durch Rechtsmittel loco heredis in die ganze Universalsuccession einzutreten, so lange nicht der heres durch hereditatis petitio die bona an sich zieht, und zwar kann der b. possessor unter Umständen diese seine Stellung loco heredis, so lange nicht die hereditatis petitio durchgeführt worden, sogar gegen den heres selbst durchfechten. — In den correctorischen Bestandtheilen ist der b. possessor klagweise und durch Vertheidigungsmittel in den Stand gesetzt, stets auch gegen den heres sein loco heredis gestelltes Universalsuccessionsrecht auf die bona durchzuführen; aber er kann nicht hindern, daß sowohl Antretung wie Ausschlagung des heres in ihren Consequenzen auf ihn zurückwirken. — Die testamentarisch-emendatorischen Theile der b. p. endlich nehmen eine Mittelstellung ein. So lange diese rein prätorisches Recht enthielten, wird der b. possessor, wenn auch in der Folge der Agnitionsfristen (zum Theil) vor den heres gestellt, doch in der Rechtsstellung den suppletorischen Elementen gleichgeordnet; der heres hat ungehinderte Klage und exceptio gegen ihn. Soweit aber Kaiserrescript den b. possessor durch exceptio bez. replica vor den heres auch in der Rechtsstellung bringt, insoweit tritt die b. p. auf gleiche Stufe mit den correctorischen Klassen.

mächtnißnehmer nur eine exceptio gewesen sein; vgl. Ztff. 10. A. 71.

Digitized by Google

Bei allen diesen verschiedenen Elementen der b. p. aber ist die Gegenüberstellung von hereditas und bonorum possessio immer die von Erbrecht und magistratisch gewährtem Erbrechtsbesitz. Die b. p. ist ja schon von Anfang an ein Besitz des Erbrechts, der Universalsuccession gewesen. Ist überdies die b. p. (gleichviel in welchem der verschiedenen Elemente der b. p.) *cum re*, — ein Collectivbegriff, der nun auch wieder bei neuen Rechtsentwicklungen zur technischen Voraussetzung gemacht wird [27]), — so steht sie neben der hereditas als zweites das practische römische Erbrecht erweiterndes Element, als allmälig immer wichtiger werdender Factor im Gesammtbegriff der erbrechtlichen Universalsuccession. Aber stellt man im Genaueren hereditas der bonorum possessio gegenüber, so zeigt sich auch da, wo letztere der ersteren gewissermaßen feindlich gegenübertritt, nämlich bei der correctorischen b. p., daß immer doch in der hereditas die Quelle des Rechts, in der b. p. das Sich-Beugen unter die Consequenzen des realisirten Rechtes und des loco dieses Rechtes Sich-Stellens zu finden ist.

Man muß eben bedenken, wie fest in einem Volke, wie es die Römer waren, die Wurzeln des eigentlichen Rechtes sitzen mußten, im Gegensatz zu dem, was magistratische Organisationskraft, wenn auch in noch so wohlthätiger Weise erweiternd bessernd, dem eigentlichen Rechte gegenüberstellte. Aber das ist auch andererseits eine Sachlage, in der nichts als das stille Wirken der

27) Ulp. XXVI. 8 . . . legitima heres fit *ex Senatusconsulto Tertulliano;* si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque *pater ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet.*

Digitized by Google

Zeit nöthig ist, um allmälig einen völligen Umschwung der Anschauungen hervorzurufen. Denken wir uns, z. B. gerade wieder bei dem am schroffsten hervortretenden Punkte, dem correctorischen Theil der b. p., daß in fünfthalb Jahrhunderten, also von August bis Leo (469), in Tausenden von Fällen und zwar in immer steigender Zahl der Fälle, der heres wegen der drohenden c. t. b. p. die aditio als etwas Interesseloses unterließ (Ziff. 10. A. 69.), so mußte sich mit Nothwendigkeit die Anschauung zur herrschenden machen, daß die aditio der b. p. gegenüber etwas Wesenloses sei, daß in Wirklichkeit die c. t. b. p. das Testament hinwegräume, beseitige, rescindire (Ziff. 10. A. 68.); es mußten schließlich, namentlich in der unwissenschaftlich gewordenen Zeit, die feinen Erörterungen der juristischen Classiker über die Rückwirkungen der aditio oder repudiatio des heres auf die c. t. b. p. als ein überwiegend todter, eigentlicher Realität entbehrender Buchstabe erscheinen (vgl. auch unten Ziff. 54).

19. Eine Frage, auf die man früher ein sehr großes Gewicht gelegt hat, — nämlich nach welchem Principe, bei der b. p. cum und sine re, der heres bezüglich der b. possessor das Vermögen erhalte, — verliert, wenn man sich die verschiedenen Elemente der b. p. richtig vergegenwärtigt hat, sehr an Wichtigkeit. Hugo hatte in dieser Hinsicht den Satz aufgestellt, daß die prätorische Rangordnung das Entscheidende sei, indem a) der b. possessor allein das Vermögen erhalte, wenn der heres in späterer Klasse des Edicts gerufen sei, b) Beide mit einander theilten, wenn dem heres und dem b. possessor zugleich die b. p. deferirt werde; c) der heres den b. possessor ausschließe,

Digitized by Google

wenn er vor letzterem zur b. p., ohne dieselbe zu agnosciren, gerufen worden war. — v. Löhr hat dann in einer eigenen Abhandlung [28]) die Hugo'sche Lehre, die dem Autor von hohem Werth war [29]), im Einzelnen ausgeführt. Nachdem aber Fabricius, insbesondere auf Grund der neuen Gaiischen Nachrichten über die testamentarisch-emendatorischen Bestandtheile der b. p., das entgegengesetzte Princip (daß nämlich in der Regel die civilrechtliche Rangordnung entscheide) durchzuführen versucht hatte [30]), ist von Löhr eine Vertheidigung der alten Lehre versucht worden [31]).

In der That ist das Hugo-Löhr'sche Princip des Vorgehens nach der Prätorischen Reihenfolge, gegenüber der Stellung des b. possessor aus civilrechtlich ungültigen Testamenten nicht zu halten. Hier bekommt der scriptus die b. p. sec. tab., und ein legitimus, dem noch keine b. p. angeboten worden, kann doch die b. p. zur sine re machen. Ueberhaupt aber handelt es sich bei diesem Hugo'schen Satze, ebensogut wie bei dem umgekehrten, daß die civilrechtliche Rangordnung das Bestimmende sein soll, gar nicht um ein Princip, sondern um eine rein äußerliche Regel. Dagegen sind die innerlichen principiellen Gründe, aus denen sich die

28) Magazin III. S. 308—332.

29) Vgl. z. B. Hugo's Beitr. zur civ. Bücherkenntniß II. (1829.) S. 677: „denn sonst wäre dies allerdings eine Entdeckung, auf die man mit dem Bewußtsein, nicht umsonst gearbeitet zu haben, zurücksehen könnte."

30) Fabricius Bon. poss. S. 2—5. 106. A. 141. S. 131 ff. S. 208 ff.; — s. auch v. Vangerow Pand. §. 399.

31) v. Löhr Mag. IV. S. 441—467. Vgl. auch Göschen Vorlesungen III. 2. S. 514—518.

Digitized by Google

Stellung der einzelnen Stücke der b. p. historisch entwickelt hat, je bei den einzelnen Stücken ganz verschiedene. Die Aufsuchung eines einheitlichen Princips würde also ein ganz vergebliches Unternehmen sein.

a) Daß der Prätor im Gebiete der confirmatorischen Klassen [also für einen iure scriptus oder nuncupatus gegen die b. p. unde legitimi; für einen suus heres gegen die b. p. des proximus agnatus] den Späterstehenden gegen den Vorstehenden, der b. p. entweder nicht erbitten konnte oder wollte, sine re sein läßt, davon liegt der entscheidende Grund im Civilrecht, dem sich der Prätor hier entgegenzustellen weder den Willen noch auch die Macht hat.

b) Daß der Prätor eine suppletorische Klasse gegenüber einem heres: sine re sein läßt, davon liegt der Grund allerdings in der Prätorischen Reihenfolge der Klassen (denn im Civilrecht kann der Grund nicht liegen, weil es diese Klassen gar nicht kennt). Aber dieser Grund ist eben nichts als eine Tautologie mit dem Begriff der suppletorischen Klassen.

c) Daß gegenüber einer correctorischen Klasse der heres nicht die b. p. zur sine re machen kann, davon liegt der Grund in der Prätorischen Rangstellung. Hier will und kann [das Edict hat ja Anklang gefunden, und ist tralaticisch geworden] der Prätor dem heres (wenngleich keineswegs unter „Aufhebung" seines Rechtes) den bonorum possessor rücksichtlich der Einforderung der bona voranstellen. Es ist gerade der Zweck der vorstehenden Untersuchungen gewesen, zu zeigen, daß auch hier das cum re-Sein und das correctorische Moment der Klassen tautologische Begriffe sind.

d) Daß endlich bei den testamentarisch-emendatorischen Stücken eine ertheilte sec. tab. b. p. sowohl

Digitized by Google

einem nebenstehenden Civiltestamente wie einem hinterstehenden (und nach der prätorischen Rangordnung von der b. p. ausgeschlossenen) legitimus heres gegenüber sine re war, dafür liegt der Grund nicht in der prätorischen Rangstellung, sondern im Civilrecht des heres, dem hier der Prätor nicht hat entgegentreten mögen, und das theilweise erst durch kaiserliches Rescript geändert worden ist. —

Also in den confirmatorischen und testamentarisch-emendatorischen Bestandtheilen liegt die ratio des sine re-Werdens im Civilrecht; bei den suppletorischen und correctorischen hat die ratio des sine re-Werdens des b. possessor, bez. des heres ihren Boden in der (dem Civilrecht sich anlehnenden, bez. entgegenlehnenden) Prätorischen Satzung.

20. — II. Die zweite Hauptfrage dieses §. betrifft die Regeln der Handhabung des ganzen Systems der b. p. in der Zeit der classischen Juristen (vgl. Ziff. 2.). Es zerlegt sich dies unter vier Gesichtspunkte: zunächst ist die Reihenfolge der Erbklassen, wie sie in der Zeit der Pandektenjuristen angenommen wird; sodann das genauere Detail der Delationsregeln, und hierauf das der Acquisitionsregeln der b. p. zu entwickeln. Zum Schluß sind noch einige abgesonderte Begriffe und Gestaltungen der b. p. zusammenzustellen.

A. Die Reihenfolge der Erbklassen[32]).

1) Es wurde vorher gesagt, daß zur Zeit der Pandektenjuristen hereditas und bonorum possessio (und zwar insbesondere bei letzterer auch die correctori-

32) Tit. D. de successorio edicto. 38. 9. Vgl. auch tit. Cod. de succ. ed. 6. 16.

Digitized by Google

schen Elemente) noch ganz so einander gegenüberstehen, wie wenn wir: Erbrecht und Erbrechtsbesitz sagen würden. Dieß ist indeß nicht so mißzuverstehen, wie wenn wir uns hier Recht und Besitz im Sinne von ius und factum gegeneinanderzustellen hätten. Das Institut des Erbrechtsbesitzes ist von Anfang an von den Gebieten, wo der Besitz als factum auftritt, geschieden gewesen. Der Erbrechtsbesitz ruht von jeher auf magistratischer Verleihung; so ist er also auch magistratisches Recht. Und ferner: die b. p. hat von jeher die Stellung einer Universalsuccession gewährt; so ist sie also auch magistratisches Erbrecht. Erbrecht und Erbrechtsbesitz stehen daher in einem anderen Gegensatz: Das Eine ist die originale Quelle der erbrechtlichen Befugnisse; das Andere ist, durch Herkommen festgehalten, an das eigentliche Recht angelehnte, ihm nachgebildete aber auch das Recht bessernde magistratische Einrichtung. Das Eine gleichsam oberstes Gesetzesrecht; das Andere sind traditionell gewordene magistratische Verordnungen.

Beides zusammen ist in der classischen Zeit der Inbegriff des practisch geltenden Erbrechts. Aber es wäre nicht römische Art, sich nun gleich ein technisch-zusammenfassendes Wort wie „ius hereditarium“ oder dergl. zu bilden. Man bleibt einfach dabei, nebeneinander zu sagen: *hereditas* und *bonorum possessio* [33]).

33) Vgl. insbesondere: fr. 92. §. 2. de legat. I. (30.) (Julian.): ad quem legitima eius *hereditas vel bonorum possessio* perventura est; fr. 37. §. 3. de legat. III. (32.) (Scaev.): quaesitum est, cum filius patris *nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres extiterit*, an ex epistola fideicommissa et libertatem praestare debeat. respondit, *etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petis-*

Digitized by Google

Jedermann weiß dabei, daß das zusammengehörige Dinge sind, und daß beide zusammen Ein juristisches Ganze bilden.

set . .; fr. 3. §. 29. ad SC. Silan. 29. 5. (Ulp.): Non tantum ex testamento sed etiam ab intestato hereditas ad hoc edictum pertinet, ut *ne quis adeat bonorumve possessionem petat,* antequam quaestio de familia habeatur; (fr. 5. pr. §. 1. eod. Paul. sent. III. 5. §. 1. 10.); fr. 1. §. 9. si quis om. caus. 29. 4. (Ulp.): totiens igitur edictum praetoris locum habebit, quotiens aut *quasi heres legitimus possidet aut quia bonorum possessionem accipit ab intestato;* fr. 13. de inoff. test. 5. 2. (Scaev.): ea dari fieri volo *ab omni herede bonorumve possessore* qui mihi erit etiam iure intestato . . . *iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat.;* fr. 20. eod. (Scaev.): quotiens, si vere filius esset, *heres esset aut bonorum possessor;* fr. 8. §. 5. de b. p. c. t.: (gradus) ex quo *neque adiri hereditas neque bonorum possessio peti potest;* fr. 19. eod.: ex quibus vel *adiri hereditas* vel *secundum eas bonorum possessio peti potuit;* fr. 2. §. 3. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): *heres erit et accipiet bonorum possessionem.* §. 4: qui primo loco scripti sunt: *nam sicuti ad adeundam hereditatem* proximi sunt, ita et *ad bonorum possessionem admittendam.* §. 8.: quodsi Tertius noluerit *hereditatem adire vel b. possessionem accipere;* fr. 3. §. 5. de bon. libert. 38. 2. (Ulp.): oportet *hereditatem aditam esse aut bonorum possessionem petitam,* sufficit autem vel unum ex heredibus *adisse hereditatem vel bonorum possessionem petisse;* fr. 12. §. 5. eod.; fr. 33. eod. (Modest.): lex Aelia Sentia adimit . . . *hereditatem* ipsi et liberis eius nisi heres institutus sit, *et bonorum possessionem* praeterquam secundum tabulas; fr. 4. de reb. auct. iud. 42. 5. (Paul.): libertas ei

Digitized by Google

So schmilzt sich denn auch die Reihenfolge der Erbklassen schon den Römern der classischen Zeit zu Einem Ganzen zusammen. Man macht sechs Klassen:

a. Contra tabulas (bloß Erbrechtsbesitz):

b. Secundum tabulas (wobei im Genaueren weiter unterschieden werden muß, was bloßes Erbrecht, was zum Erbrechtsbesitz berechtigendes Erbrecht, und was bloßer Erbrechtsbesitz ist);

c. die sui heredes (von welchem Erbrecht noch wieder geschieden werden muß: der die sui und fingirten sui vereinigende und der Klasse der sui vorgehende Erbrechtsbesitz);

d. die legitimi im eng. S. (sowohl Erbrecht, wie Erbrechtsbesitz);

e. die proximi cognati (bloß Erbrechtsbesitz);

f. vir et uxor (bloß Erbrechtsbesitz).

Fr. 1. quis ordo in poss. 38. 15. (Modest.)

quandoque competet et a praetore conservanda est, etiamsi *certum sit neque heredem neque bonorum possessorem futurum;* fr. 1. §. 2. de gradib. 38. 10. (Gai.): Sed admonendi sumus, *si quando de hereditate vel bonorum possessione quaeramus,* non semper eos qui eiusdem gradus sunt concurrere; fr. 2. §. 15. ad SC. Tertull. 38. 17: *sive heres sive bonorum possessor existat;* fr. 30. §. 14. de fideic. libert. 40. 5. (Ulp.): cum heres *sine successore decedit,* utrum exspectari debet, donec certum sit *heredem vel bonorum possessorem non extaturum;* fr. 47. §. 4. eod. (Julian.): videri ab omnibus, *qui legitimi heredes aut bonorum possessores futuri essent,* petisse; fr. 1. §. 2. de iure fisci. 49. 14. (Callistr.): ex die quo certum esse coepit *neque heredem neque bonorum possessorem extare,* computari oportere.

Digitized by Google

(mit Umſtellung der Sätze): (§. 1.) Sive tabulae testamenti non extent sive extent, si:

a. *secundum* eas,
   vel *contra* eas bonorum possessionem nemo accepit [34]),
b. *intestati* detur (datur?) bonorum possessio.
   (Pr.) Intestati hi gradus vocantur:
      α. primum *sui heredes* [§. 2: Intestati patris liberis *bonorum possessio* datur non tantum his, qui in potestatem parentis usque in mortis tempus fuerunt, sed (et) emancipatis],
      β. secundo *legitimi*,
      γ. tertio *proximi cognati*,
      δ. deinde *vir et uxor.*

Natürlich die practiſch ebenſo berechtigte, und hiſtoriſch ſogar richtigere Auffaſſung war folgende Klaſſeneintheilung: a. contra tabulas; b. secundum tabulas [resp. testamentaria hereditas]; c. unde liberi; d. unde legitimi [resp. legitima hereditas]: *α*) sui, *β*) proximus agnatus; e. unde cognati; f. unde vir et uxor. In dieſer Weiſe ſtellt Ulpian in fr. 1. §. 11. de success. ed. . anknüpfend an die Frage, wie eine und dieſelbe Perſon mehrmals hintereinander gerufen werden könne, die Reihenfolge der Klaſſen dar: Sed videndum est, an inter ceteros

34) Fr. 12. de Carbon. ed. 37. 10. (Papin.): Scriptus heres, *contra quem* filius impubes, qui subiectus dicitur, *ex edicto primo* b. possessionem petit exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest. Ulp. 28. 5: Sec. tab. b. p. datur scriptis heredibus, scilicet *si eorum, quibus c. t. competit, nemo sit aut petere noluerit.*

Digitized by Google

ipse quoque qui exclusus est admittatur. ut puta filius est in potestate: delata est ei bonorum possessio 1) *ex prima parte*, unde liberis defertur: exclusus est tempore aut repudiatione: ceteris defertur. sed ipse [an] sibi succedat ex hac successoria parte? et magis est ut succedat, ut 2) *unde legitimi* possit petere, et post hos suo ordine 3) *ex illa parte unde proximi cognati* vocantur [35]). et hoc iure utimur ut admittatur: poterit igitur ex sequenti parte succedere ipse sibi. item hoc dici poterit in I] *secundum tabulas* bonorum possessione, ut si secundum tabulas non petierit bonorum possessionem II) *is qui potuit et ab intestato succedere*, ipse sibi succedat [36]).

21. Die Römer denken sich, wie die Stelle Modestin's (also am Schlusse der classischen Zeit) zeigt, in den angegebenen sechs Klassen dem äußeren Effecte nach das Civilrecht und das prätorische Recht bereits zu Einer Klassenordnung in einander verschränkt. Aber auch nur dem äußeren Effecte nach. Im Uebrigen sind hereditas und bonorum possessio noch ganz gegen einander abgeschlossene Systeme; nur mit der Eigen-

35) Fr. 4. §. 1. quis ordo 38. 15. (Julian.): Filius non solum si tanquam *filius*, sed et si tanquam *adgnatus* vel tanquam *cognatus* ad b. possessionem vocatur.

36) Vgl. fr. 1. §. 5. ad SC. Tertull. (Ulp.): Sed si *matris* exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad *legitimam hereditatem* admitti: nam et institutus *secundum tabulas* et ab intestato *unde cognati* et multo magis *unde legitimi* bonorum possessionem petere potuit.

Digitized by Google

thümlichkeit, daß die erstere fast ganz oder ganz [37]) auch in der letzteren ihren anerkannten Platz hat. Sie stehen folgendermaßen neben einander:

hereditas	bonorum possessio
	1. contra tabulas.
1. testamentaria hereditas.	2. secundum tabulas, a. iure factas
	b. non iure factas etc.
	3. unde liberi.
2. legitima hereditas, a. sui heredes, b. agnati, [c. gentiles.]	4. unde legitimi.
	5. unde cognati.
	6. unde vir et uxor.

Beide Systeme sind geschieden vor Allem durch die Art der Antretung; die hereditas wird durch Privatwillensact, wenn auch zunächst überwiegend solennen (cretio), erworben; die b. p. setzt die datio von Seiten des Magistrats voraus. Sodann aber auch geschieden in der Handhabung der Delation. Freilich rück-

37) Nach den Ausführungen von Bd. I. dieser Serie war anfangs ein heres aus schriftlichem Civiltestamente, der aber das Testament nicht proferiren konnte, ferner der in einem nuncupativen Civiltestament Eingesetzte, nicht in der Lage, b. p. sec. tab. erbitten zu können (Ziff. 16. A. 19.). Ob schließlich alle heredes in der b. p. Aufnahme gefunden haben, kann erst später untersucht werden.

Digitized by Google

sichtlich des Delationsüberganges von der nicht acquirirten testamentarischen Erbfolge [38]) zur Intestatfolge gilt dasselbe für hereditas und bonorum possessio [39]). Aber innerhalb der Intestaterbfolge hält das Civilrecht den Satz fest: in legitimis hereditatibus non datur successio, während der Prätor das Princip der Aufeinanderfolge der Berufungen theils schon innerhalb der b. p. unde legitimi zur Verwendung bringt [40]), theils rücksichtlich aller seiner Klassen (ordinum successio) sowie im Kreise der von ihm neugeschaffenen Cognatenklasse (graduum successio) zur freien Geltung kommen läßt [41]).

38) Die noch wieder vor die testamentarische Erbfolge vom Prätor geschobene c. t. b. p. steht zur sec. tab. ebenfalls in dem Verhältniß, daß Aufeinanderfolge der Berufungen (ordinum successio) stattfindet; fr. 2. pr. de b. p. sec. tab. 37. 11; fr. 1. §. 1. quis ordo. 38. 15.

39) Fr. 70. de acq. her. 29. 2. (Paul.): In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut si testamentum proferatur, *prius a scriptis incipiatur*, deinde *transitus fiat* ad eos ad quos legitima hereditas pertinet, etiamsi idem sit ad quem utroque modo pertineat: *nam hoc gradatim consequitur*, ut prius ex testamento delatam deinde legitimam repudiet. *idem iuris est in bonorum possessione*, ut prius scriptus repellat bonorum possessionem, deinde is qui ab intestato petere potest. fr. 1. pr. §. 3. si tab. testam. null. 38. 6; fr. 1. §. 1. quis ordo. 38. 15.

40) Vgl. Bd. I. dieser Serie Ziff. 68.

41) Fr. 1. §. 7. 9. de legat. III. (32.) (Ulp.): Nec tantum proximi bonorum possessoris, verum inferioris quoque fidei committere possumus . . . *si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio;*

Digitized by Google

Trotz dieser in Delation und Acquisition festgehaltenen Scheidung der hereditas und bonorum possessio sind sie nun aber doch, wie vorhin schon bemerkt worden, von einem höhern Standpunkt aus genommen ein einziges, aus dem Einen Grundgedanken der directen Universalsuccession für den Todesfall aufgebautes, mit mannigfachen Fäden ineinander verwachsenes Ganzes der Erbfolge. Als solches juristisches Ganzes tritt hereditas und bonorum possessio der Frage gegenüber, was stattfindet, wenn die Güter „erblos" werden. Ulpian bespricht dies in dem bekannten fr. 1. pr. de successor. ed.:

Successorium edictum idcirco propositum est . . . . e re igitur praetor putavit . . . dare inter eos successionem:

a) ut maturius possint creditores scire *utrum habeant cum quo congrediantur* [also die regulär des Erblassers Persönlichkeit fortführende Persönlichkeit des heres und bonorum possessor ist es, nach der insbesondere auch die Creditoren ausschauen, um sich an sie zu halten] [42]),

fr. 1. §. 10. unde cogn. 38. 8: *gradatim autem admittuntur* cognati ad bonorum possessionem; fr. 10. §. 1. de div. temp. pr. 44. 3: quatuor autem anni *post irritum testamentum factum* et *intestati possessionem ab omnibus repudiatam, qui gradatim petere potuerunt*, cet.; fr. 10. unde cogn.: si mater hereditate exclusa est, eam quae, ut proponeretur, postea nata est, accipere posse; fr. 1. §. 8. de succ. ed.: si intra centesimum diem mortuus sit prior, *statim sequens admitti potest.*

42) Fr. 1. §. 12. de succ. ed.: sciant creditores, quid sibi agendum esset. — Vgl. auch noch fr. 28. de

Digitized by Google

b) an vero *bona vacantia* fisco sint delata [schon in der Festhaltung des Worts bona vacantia zeigt sich, daß sich die Römer die Succession des Fiscus als außerhalb des eigentlichen durch hereditas und bonorum possessio dargestellten Erbrechts liegend denken. Aber die Worte: bona fisco sint *delata* [43]) zeigen auch wieder, daß man die Succession des Fiscus der erbrechtlichen Succession doch practisch ganz nachbildete],

c) an potius *ad possessionem bonorum* procedere debeant, quasi *sine successore* defuncto.

Die Nunciation der bona vacantia an den Fiscus steht unter einer Verjährung von 4 Jahren, angerechnet: ex die quo certum esse coepit, neque heredem neque bonorum possessorem extare [44]). Ist dies noch unsicher, so können einstweilen Curatoren zur Custodirung der Güter bestellt werden [45]). Ist es aber sicher, so tritt in der Succession des Fiscus (aera-

peculio 15. 1; neque heres neque bonorum possessor extitisset.

43) Fr. 1. §. 6. de succ. ed.: ubi enim noluit, iam coepit ad alios pertinere bonorum possessio *aut fiscum invitare* (? hier ist nicht b. p. zu suppliren); fr. 2. §. 47. ad SC. Tertull. 38. 17.: matre remota eos admitti, qui venirent si mater non fuisset: *ergo et adgnati ceterique succedent aut, si nemo sit, bona vacabunt;* fr. 22. §. 1. de captiv. et de postl. 49. 15.

44) Fr. 1. §. 2. de iure fisci. 49. 14; fr. 10. §. 1. de div. temp. pr. 44. 3: de substantia vacantium bonorum dinumeratur.

45) Fr. 1. §. 4. de munerib. 50. 4: item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Digitized by Google

rium) in die bona vacantia [46]) ein Universalsuccessor ein, den die Römer gegenüber den heredes und bonorum possessores unter dem Ausdruck ceteri iusti successores mitbegreifen.

Gai. III. 78: mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est ***neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.*** Erst jetzt, wenn auch der fiscus nicht succedirt, und es zur possessio und venditio bonorum kommt, ist der Erblasser, obgleich ja auch die bonorum venditio [ebenso wie die noch zwischenzuschiebende addictio libertatum conservandarum causa] eine der b. p. nachgebildete Universalsuccession enthielt [47]) —, im technisch-römischen Sinne „***sine successore defunctus***“ [48]). Die bonorum venditio ist eben

46) Ulp. 28. 7: et *si nemo sit*, ad quem b. p. pertinere possit, aut sit quidem sed ius suum omiserit, *populo bona deferuntur* ex lege Julia caducaria; l. 1. C. de don. int. vir. et ux. 5. 16. (Antonin. 212.): Bona quondam mariti tui fiscus si *nemine ei successore existente* ut vacantia occupaverit. — Auch diese Succession des Fiscus ist eine Universalsuccession *mortis causa*. Fein in diesem Commentar XLIV. S. 321.

47) Bd. I. dieser Serie S. 98 ff., S. 309. Fr. 4. §. 21. de fideicomm. libert. 40. 5.

48) L. 1. C. de obl. et act. 4. 10. (Gord. 242): *sine herede* creditorem fati munus implesse proponis; l. un. C. ne pro dote mulieri bona quond. mar. add. 5. 22. (Diocl.): si *nullo relicto successore* non idoneus decessit. — Vgl. übrigens rücksichtlich des Ausdrucks sine successore noch: fr. 50. pr. de manumiss. test. 40. 4; fr. 4. 5. 22. §. 2. fr. 30. §. 9—11. 14. fr. 51. pr. de fideic. libertat. 40. 5; — fr. 20. de institor. act. 14. 3: Lucio Titio *defuncto sine herede bonis eius venditis*. — Noch weitergehend frei-

Digitized by Google

keine Universalsuccession, die im juristischen Sinn das „Verstorbensein" zur Voraussetzung hat.

22. — 2) Daß hereditas und bonorum possessio, obgleich in sich noch wieder als getrennte Systeme einander entgegenstehend, doch nach Außen als begrifflich einheitliches Ganzes der eigentlichen Erbfolge erscheinen, hat seinen entscheidenden Grund darin, daß beide in Betreff des Begriffs der directen Universalsuccession und der feineren civilistischen Interpretation dieses Begriffs ganz zusammengehen. Und zwar ist dabei ganz überwiegend die hereditas das juristisch Maaßgebende, dem sich die bonorum possessio einfach assimilirt. Ganz regulär ist den Römern der Schluß: bei der hereditas gilt etwas, also ist es bei der b. p. ebenso anzunehmen[49]). Folgende Einzelnheiten werden dies deutlich machen.

a) Wer (nach unserer Ausdrucksweise) „eine Erbschaft erwerben", nach römisch-classischer Bezeichnungs-

lich: fr. 57. pr. de evict. 21. 2. (Gai.): Habere licere rem videtur emtor (emtori) et si is, qui emtorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem *sine successore decesserit ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi.*

49) Daher denn eben der Satz, daß im Allgemeinen: hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continebitur (fr. 138. de V. S. vgl. Bd. I. dieser Serie S. 270. A. 67. S. 297. A. 86.), wonach auch z. B. in dem Spruche: codicillis *hereditas* neque dari neque adimi potest mit dem Worte „hereditas" die directe Erbfolge sowohl des Civil- wie des prätorischen Rechts verstanden ist. Fein in diesem Commentar XLIV. S. 75.

Digitized by Google

art: „die hereditas adire oder die b. p. nachsuchen" will, muß vor Allem des Todes des Erblassers sicher sein [50]).

Wer eine Erbschaft bei Lebzeiten des Erblassers ausschlägt, dem präjudicirt dies nach dessen Tode weder für die hereditas noch die bonorum possessio [51]).

Wer, während des Deliberirens eines testamentarisch Berufenen, in der Agnatenklasse von dem Hinderniß, daß ein Anderer in erster Linie ihm im Wege steht, befreit wird, der kann zur Erbfolge nach Civilrecht und also auch zur b. p. gerufen werden [52]).

Wer als Ehegatte den anderen Gatten testamentarisch beerben will, kann dies nur, wenn das matrimonium nicht iniustum war. Dies gilt sowohl für die testamentarische hereditas wie b. p.; gleichartig denn auch die b. p. unde vir et uxor [53]).

50) Fr. 19. de acq. her. 29. 2. (Paul.): Qui *hereditatem adire vel bonorum possessionem petere* volet, certus esse debet defunctum esse testatorem. Mühlenbruch in diesem Commentar XLII. S. 415. 416.

51) Fr. 94. de acq. her. (Herm.): Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius *adire hereditatem item bonorum possessionem petere non prohibetur.* fr. 27. eod. — Vgl. auch unten Ziff. 32. a. E. (fr. 75. de acq. her.).

52) Fr. 2. §. 5. de suis et leg. 38. 16. (Ulp.): Interdum ulteriorem adgnatum admittimus: ut puta fecit quis testamentum, cum haberet patruum et patrui filium, *deliberante herede scripto* patruus decessit, mox heres institutus repudiavit hereditatem: *patrui filius admittetur: ergo et bonorum possessionem petere potest.*

53) Fr. un. pr. unde vir et ux. 38. 11. (Ulp.): ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam b. p.

Digitized by Google

b) Bei der *c. t. b. p.* besteht, wie oben gezeigt worden, — ebenso wie in Betreff derselben Erbschaft der Eine der heres und der Andere der b. possessor, gegen welchen Jener das Avocationsrecht der hereditas hat, sein kann, — in Betreff derselben Erbschaft auch die Möglichkeit der Coexistenz von heres und bonorum possessor. Nur ist hier ihre Rangstellung so, daß Letzterer gegen den Ersteren im „petere der hereditas" siegt. Das heißt eben, daß der Prätor correctorisch den Erbrechtsbesitz vor das (testamentarische) Erbrecht gestellt hat. Im Uebrigen aber richtet er sich rücksichtlich der Frage, wie er die vor den testamentarischen heres gestellten Kinder zu seiner directen Universalsuccession des Erbrechtsbesitzes ruft, ganz wieder nach civilrechtlichen [54]) Grundsätzen:

Fr. 1. §. 1. de b. p. c. t. 37. 4. (Ulp.): Vocandum autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi *eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili;* fr. 8. §. 14. eod. (Ulp.): praetori enim propositum est, cum c. t. b. possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo *in hereditate* habiturus esset, si in potestate mansisset; fr. 11. §. 1. eod. (Paul.): *Exemplo iuris legitimi* et b. p. c. t. distribuitur [55]).

peti poterit, quemadmodum nec ex testamento [sibi succedunt: nam illicite inter se coniuncti si alter alterum heredem scripserint, *nullo modo ex testamento*] *adiri hereditas vel secundum tabulas peti b. p. potest.*

54) Auch rücksichtlich der Abweisung der exheredati in der c. t. b. p. heißt es in fr. 8. pr. de b. p. c. t.: sicuti *nec iure civili* testamenta parentium turbant.

55) Dies sind die Stellen, aus denen man früher die An-

Digitized by Google

c) Bei der *secundum tabulas b. p.* knüpft der Prätor zunächst immer an's Civilrecht an [56]:

Rücksichtlich der testamentifactio: wer civis romanus war zur Zeit der Testamentserrichtung, konnte nach erfolgter Interdiction aqua et igni erben, wenn im Moment des erblasserischen Todes oder des Bedingungseintritts er davon entfreit war [57].

Ferner rücksichtlich der Einsetzungsfrage [58] begegnet uns immer wieder der Schluß vom Civilrecht auf die b. p.: fr. 6. de b. p. sec. tab. 37. 11.: quod si inutiliter quis sit institutus, *nec ad b. possessionem inutilis institutio proficit;* fr. 8. §. 1. eod. (in Betreff der Pupillarsubstitution): sicut hereditatem vindicat . . . *ita bonorum quoque eius possessionem* accipere potest; fr. 8. §. 2. eod.: is ad quem hereditas pertinet, *etiam bonorum possessionem* accipit; §. 3: sicut ad adeundam hereditatem *ita ad petendam bonorum possessionem* scriptus non intellegitur [59].

sicht ableitete (vgl. Ziff. 4. A. 27.), daß durch die c. t. die Intestatsuccession eröffnet werde.

56) Vgl. überhaupt Bd. I. dieser Serie Ziff. 89.

57) Fr. 59. §. 4. de her. inst. 28. 5.: idem . . *et in* bonorum possessionibus.

58) Ebenso auch in Betreff der Rechtsstellung von instituti und substituti; fr. 2. §. 4. de b. p. sec. tab.

59) Gleichartig wird auch die Frage behandelt, wie durch einen eingesetzten Sklaven der Herr erwerben könne; fr. 2. §. 9. de b. p. sec. tab. (Ulp.): Si servus heres scriptus sit, *ei domino defertur b. p., ad quem hereditas pertinebit*: ambulat enim cum domino bonorum possessio. quare si mortis tempore Stichus heres institutus fuit servus Sempronii nec Sempronius eum iussit adire, sed vel decessit vel etiam eum alienavit et coepit esse Septicii: evenit ut, si

Digitized by Google

d) Bei der Inteſtaterbfolge wird der Satz, daß ein post mortem conceptus nicht erben kann, als ein vom Civilrecht auf die b. p. herübergenommener vorgetragen:

Fr. 6. de suis et legit. 38. 16. (Julian.): qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex XII tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.

Dieſer Satz fand nur eine Ausnahme bei der b. p. c. t. liberti:

Fr. 47. §. 3. de bon. libert. 38. 2: Paulus respondit, nepotem etiam post mortem avi conceptum superstite liberto bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse et ad hereditatem legitimam eius admitti: responsum enim Juliani [fr. 6. 8. pr. de suis et legit.] tantum *ad hereditatem legitimam, item bonorum possessionem avi* pertinere.

e) Auch das Accrescenzrecht wird als aus dem Civilrecht geſchöpft angegeben [60]).

f) Gegenüber dieſen Argumentationen vom Civilrecht auf die bonorum possessio kommen einigemal [61])

Septicius eum iusserit, *Septicio deferatur b. p.*: *ad hunc enim hereditas pertinet.* unde si per multos dominos transierit servus [tres vel plures *del. Mommsen*], novissimo dabimus bonorum possessionem.

60) Vgl. Bd. I. dieſer Serie Ziff. 64. — Fr. 2. §. 8. de b. p. sec. tab. 37. 11: heredi enim scripto *sicut portio hereditatis ita et bonorum possessio adcrescit.*

61) S. Ziff. 20. A. 36. und fr. 6. §. 1. ad SC. Tertull.

Digitized by Google

auch umgekehrt Schlußfolgerungen von der b. p. auf das Civilrecht herüber vor. Dies lag nahe bei dem auf neueren Senatusconsulten, die erst frisch der Interpretation unterworfen wurden, ruhenden Civilrecht.

23. Der Satz, daß hereditas und bonorum possessio in der classischen Zeit ein nach Außen begrifflich einheitliches Ganze bilden, bedarf noch der Ausführung gegenüber der seit Augustus aufgekommenen Fideicommißlehre. Die Fideicommisse, von vornherein als ein freieres Institut auftretend, mußten — und zwar sowohl als singulare wie als universale — nothwendig da, wo sie einen Erben im weit. S. voraussetzen, nicht bloß den heres sondern auch den bonorum possessor, ja vielfach auch die noch wieder an hereditas und bonorum possessio sich anlehnenden ceteris iusti successores, als die ihnen juristisch durchaus genügende Persönlichkeit anerkennen.

a) Dies gilt zunächst in dem Sinne, daß da, wo an sich dem Fidicommiß gegenüber ein heres gemeint ist, der b. possessor, wenn nicht ein heres sondern ein bonorum possessor zur directen Universalsuccession gelangt, durchaus die Stellung des heres auch im Verhältniß zum Fideicommiß einnimmt. Also: wenn einem heres die Restitution der Erbschaft aufgelegt ist, so trifft auch den, welcher b. p. erbeten hat, die Restitutionspflicht[62]). Ferner: wenn ein mit einem Universal-

38. 17: „cum et ipsa filii b. p. annalis est". — Vgl. auch noch fr. 67 (65) pr. ad SC. Treb. 36. 1: „exemplo bonorum possessionis".

62) Fr. 1. §. 7. ad SC. Trebell. 36. 1: *Bonorum quoque possessores* vel alii successores ex Trebelliano restituere potuerunt [poterunt?] hereditatem; fr. 36. (35.)

Digitized by Google

fideicommiß belaſteter heres unter einer Bedingung eingeſetzt iſt, die möglicherweiſe remittirt wird, ſo kann es zur Wahl ſtehen, ob der Uebergang der Erbſchaft in gewöhnlicher Weiſe als gegenüber dem heres realiſirt wird, oder ob der Eingeſetzte erſt noch b. p. sec. tab. erbittet, und dann der Uebergang ausgeführt wird [63]). Umgekehrt wenn es ſich darum handelt, ob Jemand als Univerſalſucceſſor oder in anderer Weiſe für ein Fideicommiß hafte, kommt natürlich ebenſo in Frage, ob er nicht heres, als auch, ob er nicht b. possessor geworden ſei [64]). Und ſo wie das b. possessor-Sein, gleich dem heres-Sein, für das Belaſtetſein mit einem Fideicommiß in Betracht zu ziehen iſt, ſo muß auch

eod.: Cum heres instituta *furiosa* hereditatem esset rogata restituere, curatorem eius *secundum tabulas b. possessione accepta* posse transferre actiones divus Pius decrevit.

63) Fr. 65. (63.) §. 9. ad SC. Treb.: . . . ut constituat praetoris [praetoriis] actionibus uti aut *petat b. possessionem secundum tabulas*, uti ita nanctus actiones tunc restituta hereditate transferat eas ex SCto. §. 10. . . . et permittendae utiles actiones, *aut b. p. secundum tabulas danda est*, uti nanctus actiones transferat eas ex SCto. Vgl. Mühlenbruch in dieſem Commentar XLI. S. 107. 108.

64) Fr. 37. §. 3. de legat. III. (32.) (Scaev.): . . . idem pater decedens epistolam fideicommissariam ad filium suum scripsit . . . quaesitum est, cum filius patris *nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres extiterit*, an ex epistola fideicommissa et libertatem praestare debeat. respondit, etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret, tamen nihilominus . . . et ex fideicommisso . . . conveniri posse.

Digitized by Google

auf der anderen Seite für die fideicommissarische Berechtigung und deren Uebergang auf den Erbfolger sowohl der heres wie der bonorum possessor zugelassen werden [65]).

b) Es kann aber auch gleich bei Auflage des Fideicommisses der bonorum possessor direct, ebensogut wie der heres, gemeint und für die betreffenden Fälle in's Auge gefaßt sein. Dies tritt namentlich ein [66]), wenn der Erblasser gleich für das gesammte Gebiet seines Beerbtwerdens, oder speciell für die Intestaterbfolge ein Fideicommiß anordnet. Denn da die Erbfolge nun einmal ein aus den Elementen der hereditas und b. p. zusammengesetztes System bildet, so belastet der Erblasser mit einem derartigen Fideicommiß denjenigen, der nach diesem Gesammtsystem, sei er heres sei er b. possessor, definitiv die bona erhalten wird [67]).

Der die testamentarische und die Intestaterbfolge zusammenfassenden Fideicommisse geschieht in den Quellen ausdrücklich Erwähnung. Fr. 9. de legat. III.:

65) Fr. 3. de fideic. her. pet. 5. 6. (Ulp.): Nec interest, mihi quis rogatus fuerit restituere an ei cui heres extiti. sed *et si bonorum possessor sim* eius cui fideicommissaria hereditas relicta est *vel alius successor*, per hanc actionem experiri poterim. — Ueber die Klagen der Legatare und Fideicommissare gegen einen b. possessor aus bloß prätorisch geschützten Testamenten s. Bd. I. dieser Serie S. 462. A. 83; und über das Int. quod legatorum des heres und b. possessor ebendas. S. 413 ff.

66) S. auch noch fr. 65. (63.) §. 14. ad SC. Treb. 36. 1.

67) Fr. 13. de inoff. test. 5. 2. (Scaev.) . . . . si hoc quaeratur, an iure eorum, *quos quis sibi* ab intestato *heredes bonorumve possessores successuros credat*, fidei committere possit, respondi posse.

Digitized by Google

si ita fuerit fideicommissum relictum: „*ad quemcunque ex testamento meo vel ab intestato*“ vel ita: „*ad quemcunque quoquo iure bona mea perveniant*“. Der damalige Erblasser hatte eben noch kein Wort dafür: „wer mich nach Civil- oder prätorischem Rechte beerben wird“. Aber aus der angegebenen Umschreibung sieht man doch deutlich, daß er sich (den Fideicommissen gegenüber) hereditas und bonorum possessio zu einem einheitlichen Begriff der directen Erbfolge vereinigt denkt [68]).

Häufiger als diese, die Bedeutung eines testamentarischen und eines Intestatcodicills vereinigenden Verfügungen [69]), kommen in den Quellen die reinen Intestatcodicille vor. Bekanntlich stützen sich diese auf den Gedanken einer fingirten oder stillschweigenden Erbeinsetzung [70]). Fr. 8. §. 1. de iure codic. 29. 7: Sed ideo fideicommissa dari possunt *ab intestato succedentibus*, quoniam creditur paterfamilias *sponte sua relinquere legitimam hereditatem*. Die „legitima hereditas“ begreift hier (vgl. Ziff. 22. A. 49.) wieder im weiteren Sinne die b. p. ab intestato mit in sich,

68) Fr. 13. de inoff. cit. Titia filiam [filium] heredem *instituit*, filio [filiae] legatum dedit, eodem testamento ita cavit: „ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo *ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato:* item quae dari [fieri] iussero ea uti dentur fiantque, fidei eius committo“. Vgl. über den Sinn dieser Stelle rücksichtlich der querela inofficiosi Fein in diesem Commentar XLV. S. 340.

69) S. darüber Fein in diesem Commentar XLIV. S. 165 ff.

70) Fein a. a. O. S. 307 ff.; fr. 126. pr. de legat. I. (30.) (Fein S. 314).

Digitized by Google

wie denn nothwendig wegen des Uebergewichtes, welches in der Inteſtatſucceſſion die prätoriſchen Klaſſen gegenüber der rein civilen Berechtigung gewannen, die Belaſtung der bonorum possessores gerade als die Hauptſache erſcheinen mußte. Danach werden denn auch in anderen Stellen neben den heredes die bonorum possessores als die Belaſteten beſonders hervorgehoben. Fr. 3. pr. de iure codic.[71]): Si quis cum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: *„quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, eius fidei* committo", fideicommissa praestari debent, quia paterfamilias qui testamentifactionem habet et codicillos faceret, *perinde haberi debet ac si omnes* heredes eius essent [*Schilling: heredes esse iussisset*][72]), *ad quos legitima eius hereditas vel bonorum possessio perventura esset.* Deßhalb, weil die Belaſtung der bonorum possessores hier als das dem Umfange nach Hervortretendſte erſcheint, ſo geſtaltet ſich auch auf Grund des in der b. p. geltenden successorium edictum für die Inteſtatcodicille der Satz: *nec tantum proximi bonorum possessoris, verum inferioris quoque fidei committere possumus*[73]). Da aber im Uebrigen für das Fideicommiß

71) S. auch noch fr. 92. §. 2. de legat. I. (30.); fr. 88. §. 17. de legat. II. (31.), und über letztere Stelle Fein XLV. S. 202.

72) Vgl. über dieſe vortreffliche Conjectur: Fein XLIV. S. 308. A. 8.

73) Fr. 1. §. 7. de legat. III.; vgl. §. 9. 10. eod. — Für den Fall des Nichtvorhandenſeins ſucceſſionsberechtigter Verwandten und Ehegatten kann dann ſchließlich noch der, an hereditas und b. p. ſich anlehnenden Succeſſion in die bona vacantia (Ziff. 21. A. 46.)

Digitized by Google

es ganz gleichgültig ist, ob der Belastete heres oder bonorum possessor sei, so tritt es hier bei den classischen Juristen schon ganz klar hervor, daß es der, hereditas und bonorum possessio einende, Begriff der „*successio ab intestato*“ ist, auf den es dabei ankommt. So sagt Paulus im fr. 16. de iure cod. [74]): Ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus *intestati successor* debebit: quicunque enim *ab intestato successerit*, locum habent codicilli: nam unus casus est nec interest qui succedit *dum intestato succedat.*

24. — 3) Gegenüber der im Bisherigen dargestellten Gleichartigkeit von hereditas und b. p. ist jetzt noch eine Eigenthümlichkeit der b. p. hervorzuheben, die in dieser Weise und Ausdehnung bei der hereditas nicht vorgekommen sein kann. Sie ist daraus entsprungen, daß die b. p. Erbbefugnisse gewährt, die zu ihrer juristischen Erwerbung einer in bestimmten hintereinander laufenden Fristen zu ertheilenden magistratischen *datio* bedürfen. Jede einzelne als contra tabulas, als secundum tabulas, als intestati b. p. gewährte Ertheilung involvirt damit eine eigenthümliche, aus der speciellen in Frage kommenden Erbklasse sich ergebende Rechtsstellung. Nun kann es aber sein, daß man hinterdrein, — aus Gründen, die theils in der Person des Erbittenden liegen, theils möglicherweise von Außen herzutreten, — zu der Annahme gedrängt wird, die betreffende ertheilte b. p. hätte eigentlich aus einer anderen pars edicti erbeten werden müssen, es sei also die-

ein Intestatcodicill aufgelegt werden; fr. 114. §. 2. de legat. I. (30). Fein XLIV. S. 320.

74) Fein XLIV. S. 156 ff.

Digitized by Google

sem b. possessor, trotzdem daß die Ertheilung der b. p. sich nicht mehr ändern läßt, doch an sich eine andere Rechtsstellung zu gewähren, als welche die erbetene b. p. mit sich bringt.

Die Römer haben sich hier mit der Annahme einer Fiction geholfen. Es wird die aus der einen pars edicti ertheilte b. p. hinterdrein so behandelt, als wenn sie aus einer anderen gegeben worden wäre.

Die Anwendungen dieses Satzes sind mannigfach.

a) Ein bedingt Instituirter wird, nach Wegfall der Bedingung, gemäß seinem anderweit vorhandenen Erbrecht behandelt.

Der Prätor hat speciell dem unter einer Bedingung Eingesetzten die secundum tabulas b. p. zugesagt; aber der Prätor will auch, daß, so lange die Bedingung schwebt, die sec. tab. agnoscirt werde. Hat also der Instituirte für den Fall, daß die Bedingung deficirt, noch einen anderen alsbald in Betracht kommenden Erbanspruch, so muß er, mag dieser Anspruch vor oder nach der sec. tab. rangiren, nichtsdestoweniger [wofern nicht zur Zeit, wo er überhaupt agnosciren will, die Bedingung bereits weggefallen ist [75])] immer zunächst die sec. tab. erbitten.

Ist er nun der auch am Nächsten zur b. p. ab intestato Berechtigte, so braucht er nach Wegfall der Bedingung nicht erst noch wieder diese intestate b. p.

75) Fr. 3. §. 12. de b. p. c. t. 37. 4. (Ulp.): Sed [et] si sub conditione scriptus sit, b. possessionem c. t. accipere potest, et ita Julianus quoque libro XXIII. dig. scripsit. *quid ergo si defecerit conditio? verum est eum contra tabulas accipere bonorum possessionem.*

Digitized by Google

zu agnosciren; sondern der Prätor gewährt ihm aus der ertheilten sec. tab. die Rechtsmittel (tuetur eum) ganz so, als wenn er die betreffende b. p. ab intestato erhalten hätte. Natürlich muß er dann aber auch Anderen nach den Regeln der Intestatsuccession, also auch in Betreff eines Intestat-Fideicommisses, haften.

Ist er aber umgekehrt Einer, dessen prätorisches Notherbenrecht bei Wegfall der Bedingung als nicht gewahrt erscheint, so ist er freilich pendente condicione von der c. t. ausgeschlossen, und es ist ihm nur die sec. tab. zugänglich [76]). Indeß werden ihm die Rechtsmittel aus der ertheilten sec. tab. beim Wegfall der Bedingung auf dasselbe gegeben, was er durch die c. t. erhalten haben würde: *tuendus erit* a praetore in tantum, quantum ferret, si c. t. b. possessionem accepisset. Dieses Gewähren der Rechtsmittel [was man auch so ausdrücken kann: „*res* possessori *concedenda est*“, oder: „quasi c. t. possessione accepta *rem habere videtur*“] hat aber wieder seine nothwendige Kehrseite darin, daß auch andere nach den Regeln der c. t. Berechtigte gegen ihn auftreten können.

Dies vorausgeschickt, muß eine vielbesprochene Stelle genauer geprüft werden, die gleich auf den ersten Blick den Gedanken anregt, daß sie in ihrem Texte verderbt sein möge.

Fr. 5. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Ulp.): Si sub condicione heres quis institutus sit et accepta

76) Fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. 37. 11; fr. 3. §. 13. de b. p. c. t. 37. 4: . . . quia scriptus heres est, bonorum possessionem secundum tabulas *accipere potest et debet*, nec contra tabulas potest; fr. 18. pr. eod.: licet sub conditione heres institutus *a c. t. b. possessione excludatur*.

Digitized by Google

bonorum possessione secundum tabulas condicio defecerit interdum evenit ut res possessori concedenda sit. a) ut puta si filius sit emancipatus sub condicione heres institutus: nam si defecerit condicio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem accipere Julianus scribit. sed et si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit, et hoc iure utimur. (§. 1.) b) videndum an legata ab eis debeantur. et filius quidem quasi contra tabulas bonorum possessione accepta rem habere videtur, ceteri vero quasi ab intestato. c) et ideo filius liberis parentibusque legata relicta solis praestare cogetur, ceteris non. plane ei cui ab intestato fideicommissum relictum est, erit praestandum, quasi videatur hoc ipso fraudatus, quod ex testamento petita sit bonorum possessio.

Ulpian bezeichnet zunächst die Frage und den allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkt, nach dem dieselbe zu beurtheilen ist. Bisweilen ist einem bedingt Instituirten, der b. p. sec. tab. agnoscirt hat, auch nach Wegfall der Bedingung durch Gewährung der prätorischen Rechtsmittel das Vermögen zu bewahren (res concedenda sit). Darauf führt er (Nr. a) durch zwei Citate aus Julian die beiden Fälle an, welche hieher gehören. Hierauf (Nr. b) wirft er die Frage auf, wie sich dabei die Vermächtnißzahlung gestalte, und giebt zunächst das Princip an, nach welchem diese Frage sich für beide Fälle beantworte. (Der Notherbe wird angesehen, als habe er die res wie ein c. t. b. possessor, der nächste Intestatberechtigte, als habe er sie wie ein b. possessor ab intestato). Schließlich (Nr. c) beantwortet er die unter b. aufgeworfene Frage über die

Digitized by Google

Vermächtnißzahlung (der Notherbe hat nach den Grundsätzen der c. t. nur den exceptae personae die Legate zu präſtiren; der Inteſtaterbfolger hat natürlich gar keine Legate zu bezahlen [77]), für ihn kommt alſo nur die Entrichtung von Inteſtatfideicommiſſen in Betracht).

Bei dieſer dreifachen Paralleliſirung der zwei Fälle des Emancipirten und des ab intestato Nächſtſtehenden kann man aus dem klaren Gedankengange der Stelle Schlüſſe auf die etwa gebrauchten Worte und ihren Sinn ziehen. Zunächſt iſt ſicher, daß die Begriffe: res possessori concedenda und tuendum esse gleichbedeutend ſind, denn letzteres iſt der Ausdruck bei dem zweiten Beiſpiel, welches als Beleg für den erſteren Begriff angeführt wird. Sodann iſt es ganz der Nebeneinanderſtellung der zwei Beiſpiele, wie ſie nachher unter Nr. b. und c. wiederkehrt, gemäß, daß dieſelben in Nr. a. mit den Worten: ut puta si filius — und: sed et si is fuerit aneinandergereiht werden. Es würde daher der Sinn nicht gewinnen, im Gegentheil verdunkelt werden, wenn man mit Schmidt [78]) bei dem zweiten Beiſpiel leſen wollte: sed quisquis is fuerit.

Die eigentliche Schwierigkeit der Stelle liegt nun aber in den Worten, mit denen in Nr. a. das erſte Beiſpiel vorgetragen wird: ut puta si filius sit emancipatus sub condicione heres institutus, nam si defecerit condicio, attamen *secundum* tabulas b. possessionem eum *accipere* Julianus scribit. Man kann

77) Man braucht wohl nicht dem Ulpian die Verbindlichkeit aufzulegen, dieſen Satz noch beſonders auszuſprechen; alſo hinter ceteris non (vgl. die Mommſen'ſche Ausgabe) noch zu inſeriren: ceteri autem nulla.

78) Form. Recht d. Notherben. S. 85. A. 59.

Digitized by Google

sich nicht dabei beruhigen, daß dies „ganz einfach" so zu verstehen sei [79]: auch wenn die Bedingung nicht eintritt, so hat es doch bei der einmal angenommenen b. p. sein Bewenden, d. h. ihrem Grunde nach ist die b. p. immer eine secundum tabulas. Dann müßte, wie Schmidt richtig bemerkt, der Jurist gesagt haben: sec. tab. b. possessionem eum *retinere*. Aber auch so wäre die Sache nicht exact; denn der Jurist kann nicht sagen, es werde die *secundum* tab. retinirt, (er hebt ja gleich nachher hervor, daß sie quasi *contra* t. b. possessione accepta gelte). Der Jurist sagt vielmehr: wenn die sec. tab. ertheilt wurde und dann die Bedingung wegfällt, so ist freilich speciell die *secundum* tabulas deficirt, aber da der Betreffende nun sogleich als materiell auf eine andere b. p. berechtigt dasteht, so soll er als possessor fortgelten (d. h. er hat keine neue b. p. zu agnosciren), und aus der einmal ertheilten b. p. werden, als wenn c. t. b. p. erbeten worden wäre, die Rechtsmittel fortgewährt (*res* concedenda). Also nicht die sec. tab. wird retinirt, sondern (indem sich die sec. tab. durch Fiction in die c. t. umwandelt) der Klagenschutz wird retinirt.

Auch den Francke'schen Versuch kann man nicht billigen [80], wornach hinter nam si defecerit condicio einzuschieben wäre: quasi contra tabulas b. possessione petita tuendus erit a praetore: attamen rel. In Nr. a. steht der Jurist noch dabei, Beispiele dafür anzugeben, daß dem possessor auch über den Wegfall der Bedingung hinaus res concedenda est. Daß demselben durch Fiction eine andere b. p. untergeschoben

79) Mühlenbruch XXXVII. S. 78.
80) Notherbenrecht S. 131.

Digitized by Google

werde, sagt Ulpian erst unter Nr. b., und zwar in einer Weise, daß es unmöglich erscheint, er sollte dasselbe eben vorher schon einmal gesagt haben.

Förster [81]) hat einen anderen Ausweg gesucht; er emendirt: attamen *contra* tabulas bonorum possessionem eum accipere, und dem ist Schmidt wenigstens in alternativer Fassung beigetreten. Danach sagte Ulpian: Der sec. tab. b. possessor behalte den Besitz, weil sich nachträglich herausgestellt, daß ihm die c. t. b. p. „gebühre". Aber dagegen ist einzuwenden, (was auch Mommsen in seiner Digestenausgabe hervorhebt), daß damit dem Julian eine Verwechslung der wirklich ertheilten c. t. (auf die doch die Worte: c. t. b. possessionem eum *accipere* gedeutet werden müßten) mit der nachher unter Nr. b. angegebenen, die Bedeutung der c. t. annehmenden, sec. tab. zur Last gelegt werde.

In anderer Weise hat wieder Mommsen eine Emendation versucht. Er hält an der Veränderung von secundum in contra fest, versteht die Worte: contra tabulas b. possessionem eum accipere von der wirklich ertheilten c. t., und setzt danach voraus, daß mit dem Vorausstehenden: si defecerit condicio eine noch vor aller Agnition der b. p. weggefallene Bedingung gemeint sei. Danach läge hier also der Fall der A. 75. vor. Die Worte faßt Mommsen demgemäß so: nam et si defecerit condicio ante, tamen c. t. b. possessionem eum accipere.

Aber der Bau der Stelle macht doch diese Einmischung der fremdartigen Frage von der Ertheilung

81) Foerster de b. p. liber. praet. c. t. (1823.) §. 63. p. 281.

Digitized by Google

einer gleich wirklichen c. t. höchst unwahrscheinlich. Ulpian faßt von vorn herein den Fall so, daß er den Wegfall der Bedingung nach erbetener sec. tab. voraussetzt. Davon will er Beispiele geben (interdum evenit). Wenn er das erste Beispiel mit ut puta, das zweite mit sed *et* si is einleitet, so ist doch schwer glaublich, daß in der Mitte ein gerade anders gearteter Fall gestanden haben könnte. Und wenn Ulpian dann weiter fragt, an legata ab *eis* debeantur, und hier bei Angabe des entscheidenden allgemeinen Gesichtspunktes, außer dem in die Intestatstellung Gebrachten, zweifellos nur von dem Emancipirten redet, der vor dem Wegfall der Bedingung sec. tab. erhalten hatte, so kann doch auch im Vorhergehenden nur von diesen zwei Fällen die Rede gewesen sein.

Das vorliegende Fragment ist besonders geeignet, um — auch wenn es nicht gelingen sollte, in genauer Anlehnung an die Worte, der schadhaften Stelle eine schlagend richtige Textverbesserung zu schaffen — durch ihren Bau dem „attente" Lesenden die Mittel zur Feststellung dessen zu gewähren, was in dem bedenklichen Satze gesagt sein müsse. Das zweite Beispiel der Nr. a. ist aus dem Zusammenhange genauer so zu formuliren: sed et si, qui sec. tab. b. possessionem accepit, is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, si defecerit condicio tuendum esse scripsit, et hoc iure utimur. Also es ist noch nicht davon die Rede, daß die agnoscirte b. p. durch Fiction in eine andere uminterpretirt wird (das hat erst Wichtigkeit den Vermächtnissen gegenüber, und kommt unter Nr. b. zur Sprache); sondern es ist lediglich davon die Rede, daß ohne Rücksicht auf den möglichen Wegfall der Bedingung zunächst sec. tab. agnos-

Digitized by Google

cirt wird, daß aber dann beim Wegfall der possessor ohne neue Agnition doch den Rechtsschutz in Betreff des Vermögens (res) behält. Nehmen wir nun hinzu, daß nach dem Rückschluß aus Nr. b. in Nr. a. nur von zwei und zwar gleichartigen Fällen die Rede sein kann, so bleibt nichts übrig, als daß das erste Beispiel der Nr. a. zwischen seiner Umgebung folgendermaßen zu construiren sei: „Bisweilen ist das Vermögen dem b. possessor zu belassen: z. B. wenn ein emancipirter Sohn unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt und diese noch nicht weggefallen ist, so hat er nach Julian trotz seines eventuellen Notherbenrechts zunächst doch secundum tabulas zu empfangen. Aber auch wenn es sich um den handelt, der demnächst der ab intestato zuerst Berechtigte sein wird, so muß diesem der Rechtsschutz über das Vermögen gewährt werden". — Also beim ersten Beispiel wird nur gesagt: es ist sec. tab. zu erbitten, und es wird subintelligirt: tuendum esse; beim zweiten wird subintelligirt, daß zunächst sec. tab. zu ertheilen sei, und es wird gesagt: tuendum esse. Dadurch correspondiren beide Beispiele völlig dem im Eingange Gesagten, daß es Fälle gebe, wo zunächst sec. tab. b. p. ertheilt wird und wo dann nach Wegfall der Bedingung dem possessor res concedenda est [82]).

82) Am Einfachsten ist wohl geholfen, wenn man liest: ut puta si filius sit emancipatus sub condicione heres institutus *necdum* defecerit condicio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem eum accipere Julianus scribit. Das attamen, das in der Mitte des Satzes Francke „unleidlich" findet [vgl. übrigens Mühlenbruch XXXVII. S. 78. A. 4.], ist aus dem Sinne zu erklären. Man muß nämlich beachten, daß die vorausgerückten Worte: filius emanci-

Digitized by Google

25. — b) Ferner ist hier in Betracht zu ziehen eine Reihe von Fällen, in denen *entweder* (ebenso wie unter Nr. a.) eine erbetene b. p. durch Fiction in eine andere umgewandelt erscheint, und ohne Erbittung einer neuen b. p. dem possessor die Rechtsmittel seines betreffenden Theils gewährt werden, — *oder* wenigstens ein Nichtagnoscirender, der sich mit der Antretung seines Civilrechts begnügt, so behandelt und mit den Rechtsmitteln *seines* Erbrechts so geschützt wird, als hätte er eine gewisse b. p. agnoscirt. Diese Fälle entwickeln sich aus dem Contacte der verschiedenartigen Berechtigungen mehrer nebeneinander stehenden Notherben. Indeß kann es hier, wo es sich nur darum handelt, das Wesen der ficticischen Umwandlung einer b. p. in eine andere zu erkennen, lediglich darauf ankommen, die einzelnen Fälle zu constatiren. Die weitere Erklärung ist der Darstellung der c. t. b. p. vorzubehalten.

a) Behandlung einer c. t. b. p. als secundum tabulas. Wenn von zwei prätorischen Notherben der Eine präterirt, der Andere instituirt ist, und letzterer commisso per fratrem edicto gleich die c. t. agnoscirt, welche andererseits der Präterirte nicht geltend

patus offenbar betont gelesen werden müssen. Darin lag für jeden Kundigen die genügende Hinweisung („trotz seines eventuell in Betracht kommenden Notherbenrechts"), daß hier im Nachsatze es eines „*doch*" bedurfte. — Vgl. über das „necdum": fr. 6. eod. von demselben Ulpian. Die Wörter: nam si und necdum enthalten dieselbe Zahl der Grundstriche:

N	A	M	SI
N	EC	DV	M

Es konnte deßhalb leicht das Eine in das Andere corrumpirt werden.

Digitized by Google

macht, so verwandelt sich die erbetene c. t. des Instituirten, als ein aus einer versiegten Quelle abgeleitetes Recht, in eine sec. tab. Fr. 14. pr. de legat. praest. 37. 5. (Ulp.): Nonnunquam *contra tabulas bonorum possessionem quis habet iure secundum tabulas bonorum possessionis* . . . apertissimum est, ut cogatur omnibus *perinde* legata praestare, *atque si commissum edictum non fuisset:* nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro adficere, cum praeteritus iure suo non utatur [83]). Mit den Worten: perinde, atque wird hier wieder deutlich das Wesen der Fiction gekennzeichnet [84]).

β) Anerkennung einer civilen testamentarischen Erbberechtigung unter den Schranken einer c. t. b. p. Wenn von zwei prätorischen Notherben der Eine instituirt, der Andere präterirt ist, und der Instituirte unter Verschmähung der per fratrem committirten b. p. c. t. die hereditatis aditio vornimmt, so ist er nun freilich von der c. t. ausgeschlossen, aber doch von der des Bruders beeinflußt. Fr. 14. pr. de b. p. c. t. (Afric.): ut *praetor* eum, qui heres institutus adierit, *in eam partem qua scriptus sit tueri debeat* dum tamen non ampliorem, *quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset*, ut hactenus deteriorem causam

83) Vgl. auch noch fr. 17. de ini. rupt. (Pap.): Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit: *quodsi bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.*

84) S. noch fr. 15. §. 1. de legat. praest.

Digitized by Google

suam fecerit, rel. Ebenſo ſpricht Ulpian von dem Fall, wenn ein Civilnotherbe präterirt und ein aus deſſen Perſon zur committirten c. t. berechtigter inſtituirter prätoriſcher Notherbe dieſe c. t. nicht geltend macht. Fr. 16. pr. de legat. praest.: proinde si c. t. non accepit, dicendum est, *tuendum eum in partem*. Und endlich auch wenn umgekehrt neben dem zur c. t. berechtigten prätoriſchen Notherben der inſtituirte Civilnotherbe, die committirte c. t. verſchmähend, ſich mit ſeinem Civilrecht begnügt, ſo ſagt Scävola in fr. 10. de coll. bon. 37. 6: pro parte hereditatem retinet *iure eo quod bonorum possessionem petere posset*[85]).

c) Eine ficticiſche Umwandlung einer b. p. in eine andere kann endlich noch eintreten, wenn in Folge entſchuldbaren Irrthums eine b. p. in einer falſchen Klaſſe agnoscirt worden iſt. Fr. 5. de dot. coll. (Pap.): Filius emancipatus, qui possessionem contra tabulas accipere potuit, intestati patris possessionem accepit: atque ita filia quae mansit in potestate, cum eiusdem familiae fratre heres instituta, *pos-*

85) S. noch fr. 14. pr. in fin. de b. p. c. t. — Dagegen wenn von dem die committirte c. t. Geltendmachenden in fr. 3. de dotis collatione 37. 7. geſagt wird: si commisso ab altero edicto necesse habuerit c. t. b. possessionem accipere . . . . . *quod habuit ex iudicio, convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem*, ſo iſt damit nicht die hier beſprochene ficticiſche Umwandlung einer b. p. in eine andere, oder die Stellung einer Civilſucceſſion unter die Schranken einer b. p. gemeint. Dieſe Worte ſagen vielmehr, daß durch die Erbittung der committirten c. t. b. p. man lediglich und ganz unter die Regeln der c. t. tritt. S. übrigens Ziff. 9. A. 56. u. 59.

Digitized by Google

sessionem intestati patris errorem fratris emancipati secuta accepit [86]) . . . . . cum ea possessio frustra petita sit . . *et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita.* Hieran ſchließt ſich dann wieder als verwandt die oben beſprochene (Ziff. 8. A. 50.) in dem Edict von der omissio causae testamenti liegende Fiction an.

26. — B. Die Delation der *b. p.* Nachdem gezeigt worden, in welcher Weiſe in der Zeit der claſſiſchen Juriſten hereditas und bonorum possessio — unter ſich noch als Erbrecht und Erbrechtsbeſitz geſchieden — nach Außen bereits als ein juriſtiſch einheitliches Syſtem der Erbklaſſen daſtehen, muß genauer auf die Regeln eingegangen werden, nach denen ſich im Zeitalter der Pandektenjuriſten die Delation der b. p. vollzieht [87]).

1) Zunächſt iſt die Handhabung der Friſten der *b. p.* darzuſtellen [88]). Daß, im Gegenſatz zu der civilrechtlichen Delation des Erbrechts, der Prätor ſeinen Erbrechtsbeſitz nur in gewiſſen aufeinander folgenden Friſten ertheilt [89]), iſt mit dem Weſen dieſes Inſtituts

86) Wahrſcheinlich hatten die Geſchwiſter von der Exiſtenz des väterlichen Teſtaments nichts gewußt. Fein Collation S. 159.

87) Bd. I. dieſer Serie S. 303. f.

88) Tit. Dig. Quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15.

89) Fr. 1. pr. de succ. ed. 38. 9: *praestituere tempus* his quibus b. possessionem detulit; fr. 2. de veteran. et mil. succ. 38. 12: intra tempus possessionem acceperit; fr. 1. de b. p. furioso 37. 3: bonorum possessionis tempus.

Digitized by Google

schon von Anfang an verwachsen. Wie es sich im Genaueren zur Zeit des von Cicero uns aufbewahrten Edicts damit verhalten habe, ist nicht mehr zu ermitteln [90]). Wahrscheinlich wird sich auch diese Lehre aus kleineren Anfängen erst allmälig so fixirt haben, wie wir sie in ihrer ausgebildeten (hier vorzuführenden) Gestalt in der classischen Zeit finden. Der ältere Anknüpfungspunkt ist die Cretionsfrist von 100 Tagen utile tempus; aus welcher (wenn auch nicht auf Grund eines äußeren Quellenbeleges, doch mit hoher innerer Wahrscheinlichkeit) es sich erklärt, daß der Prätor auch für sein Institut die centum utiles dies als die Regel adoptirt hat [91]), woneben dann als begünstigende Ausnahme das Jahr für die parentes et liberi gestellt worden ist [92]).

Diese Fristen sind ***utile tempus*** [93]) und zwar der-

90) Bd. I. dieser Serie S. 104. 105.

91) Bd. I. dieser Serie S. 330—332. S. außer den dort A. 24. citirten Stellen noch: fr. 3. unde cogn. 38. 8: intra centesimum diem; fr. 2. §. 7. de suis et legit. 38. 16: supervixisse centum diebus.

92) Bd. I. a. a. O. A. 25. 26; s. noch ferner fr. 8. de coll. bon. 37. 6: post annum quam delata esset b. p.; fr. 3. §. 14. de Carb. ed. 37. 10: intra annum datur; fr. 4. §. 1. quis ordo: *filius* non solum si tanquam adgnatus vel tanquam cognatus ad b. possessionem vocatur, *annuum spatium* habet: sicuti *pater*, qui filium manumisisset, quamvis *ut manumissor* bonorum possessionem accipiat, tamen ad b. possessionem accipiendam annuum spatium habet; fr. 1. §. 15. de success. ed.

93) Eine Verlängerung wird selbst beim Soldatentestament nicht zugestanden; fr. 15. §. 6. de test. mil. 29. 1: quia generalis est ista determinatio.

Digitized by Google

art, daß sowohl die Tage des Nichtwissens wie des Nichtkönnens des Berufenen für seine Agnition ungerechnet bleiben [94]).

Fr. 2. pr. quis ordo (Ulp.): ceterum quacunque die *nescierit* aut *non potuerit*, nulla dubitatio est, quin *dies ei non cedat* [95]). fieri autem potest, ut qui initio scierit vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere: scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit numquid testatus decesserit vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat. idem et in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat.

Sobald ein Hinderniß für das Wissen oder das Können vorliegt, so heißt dies: dies non cedit.

a) Das Nichtkönnen. Das Können im juristischen Sinn beginnt erst mit dem mortis tempus. Hatte der Betreffende etwa vorher ausgeschlagen, so steht ihm das für eine jetzt eröffnete b. p. nicht entgegen [96]). Damit aber mit dem mortis tempus die Frist laufe, muß man der Nächstberufene sein; stehen Mehre hintereinander, so ist dem Späterstehenden der dies noch nicht cedens [97]).

94) Bd. I. a. a. O. A. 28.

95) Fr. 3. §. 16. de Carb. ed. 37. 10: Currunt autem tempora . . . ordinariae quidem, ex quo patrem suum decessisse *scit* et *facultatem* bonorum possessionis petendae *habuit*.

96) Fr. 94. de acq. her. 29. 2; fr. 9. §. 1. unde cogn. 38. 8: ex die mortis temporis haberi rationem placuit; fr. 4. de Carb. edict. 37. 10.

97) Fr. 9. h. t.

Digitized by Google

Ferner cedirt der dies nicht, sobald der dem Betreffenden Vorstehende wahnsinnig ist [98]), oder sobald ein vorstehender venter in possessionem mittirt wurde [99]).

Außer diesen juristischen Hindernissen können natürlich auch factische Impedimente in Betracht kommen; und zwar nicht bloß in dem Sinne, daß der Berufene selbst außer Stande war, den Magistrat um die Ertheilung anzugehen, sondern auch noch weitergehend in der Richtung, daß der berufene Hausunterthänige die ihm nöthige Genehmhaltung des paterfamilias nicht einzuholen vermogte [100]). Ist die bonorum possessio einem Municipium eröffnet, so cedirt die Zeit der Erbittung von da an, wo die Municipalen im Stande waren, den Beschluß wegen Erbittung der b. p. zu fassen [1]).

Die Hindernisse bei Erlangung der b. p. können aber nicht bloß in der Person des Berufenen, sondern auch in der des ertheilenden Magistrats liegen. War der Provinzialstatthalter in der nächsten Stadt, so kam zum utile tempus noch hinzu die Reisezeit dorthin. Im Uebrigen kam es bei der gewöhnlichen [2]) de plano ertheilten b. p. nicht auf die magistratischen Sessionstage an. Wohl aber mußten diese in Betracht gezogen werden bei den eine causae cognitio pro tribunali,

98) Fr. 1. de b. p. furioso 37. 3.
99) Fr. 2. §. 4. quis ordo.
100) Fr. 5. pr. §. 1. quis ordo. War ein Sclave eingesetzt und wurde er während des Laufs der Frist veräußert, so lief dem neuen Herrn nur noch der Rest der Frist; fr. 5. §. 2. eod.; fr. 2. §. 9. de b. p. sec. tab. 37. 11.
1) Fr. 1. §. 2. de lib. univ. 38. 3.
2) Fr. 2. §. 3. quis ordo.

Digitized by Google

oder ein magistratisches Decret fordernden bonorum possessiones [3]). Hier konnten nur die Sessionstage gerechnet werden, in denen der Magistrat nicht durch anderweitige Geschäfte verhindert war [4]), so daß also vorausgesetzt wird, daß es per ipsum praetorem factum non est, quo minus daret possessionem [5]). Möglich, daß sich hierauf die in einer Stelle [6]) erwähnte exceptio bonorum possessionis non datae bezieht, deren Bedeutung übrigens nicht recht klar ist und über die weitere Vermuthungen aufzustellen ich hier unterlasse [7]).

b) Das Nichtwissen. Natürlich darf es sich hier nicht um einen Rechtsirrthum handeln; und wenn auch keineswegs verlangt wird, daß man bei den mancherlei in Erbfällen in Betracht kommenden Gesichtspunkten die Kenntniß eines Rechtsgelehrten habe, so kann doch von Jedem verlangt werden, daß er bei Kundigen sich Raths erhole [8]). Rechtsirrthum wird also nicht entschuldigt, wohl aber factischer, d. h. in letzterem Fall cedirt nicht der dies der b. p. Die römischen Juristen lassen sich hiebei genauer darauf ein, zu exemplificiren, wann Rechtsirrthum, wann factischer Irrthum vorliege, und

3) S. darüber unten Ziff. 46.
4) Fr. 2. §. 2. quis ordo (vgl. hiezu die Mommsen'sche Note).
5) Fr. 2. §. 1. quis ordo; fr. 3. §. 8. h. t.
6) Fr. 20. de except. 44. 1. (Paul.): Exceptiones opponuntur aut quia factum sit quod fieri oportet, aut quia factum sit quod fieri non oportuit, aut quia factum non sit quod fieri debuerat . . . .: quia non factum est, quod fieri debuit, ut *bonorum possessionis non datae.*
7) Bd. I. dieser Serie S. 46. A. 31.
8) Fr. 10. h. t. fr. 2. §. 5. quis ordo.

Digitized by Google

wann eine Frage je nach Umſtänden bald unter den einen bald den anderen Geſichtspunkt fallen könne [9]).

α) In iure irrt, alſo cedit ei tempus [10]):

si sciat quidem defunctum esse cognatum, nesciat autem *proximitatis nomine* b. possessionem sibi deferri,

si se sciat scriptum heredem, nesciat autem quod *scriptis heredibus* b. possessionem praetor promittit,

si frater consanguineus defuncti credat matrem potiorem esse,

si sciat alium non petisse tempusque ei praeterisse, ignoret autem sibi *ex successorio capite competere* b. possessionem,

si *ex asse heres institutus* non putet se b. possessionem petere posse *ante apertas tabulas* [11]).

β) In facto irrt, alſo non cedit ei tempus:

9) Fr. 1. de iur. et facti ign. 22. 6. (Paul.).

10) S. auch l. 6. C. qui admitti 6. 9. (Diocl.): Juris ignorantiam *nec mulieribus* prodesse in edicti perpetui cursum de agnoscenda b. possessione, manifestum est.

11) Es bezieht ſich dies auf die bekannte frühere Unzuläſſigkeit der Erbantretung für den Theilerben ante apertas tabulas. Ulp. XVII. 1. v. Bangerow im Archiv f. civ. Pr. XXV. S. 440. Bachofen Ausgew. Lehren des Civ. R. (1848.) S. 369. — ſ. ferner fr. 10 h. t. (Paul.): In bonorum possessionibus iuris ignorantia non prodest, quo minus dies cedat et ideo heredi instituto et ante apertas tabulas dies cedit.

Digitized by Google

si quis nesciat *decessisse* eum, cuius b. p. defertur [12]),

si nesciat *esse tabulas* [fr. 1. §. 4. de b. p. sec. tab. 37. 11: scientiam tamen exigemus, ut sciat heres extare tabulas, certusque sit delatam sibi bonorum possessionem],

si quis sciat quidem alii delatam esse bonorum possessionem, nesciat autem ei tempus praeterisse bonorum possessionis, — oder: si putet eum bonorum possessionem accepisse [13]).

γ) Interdum in iure interdum in facto errat:

si quis nesciat se cognatum esse [14]).

12) Fr. 3. §. 16. de Carb. ed.: ex quo patrem suum decessisse *scit;* fr. 19. de acq. her. 29. 2.: qui hereditatem adire vel b. possessionem petere volet, certus esse debet defunctum esse testatorem (Mühlenbruch XLII. S. 416). Hieraus erklärt sich auch einfach der Fall der l. 4. C. de postlim. rev. 8. 51. (Diocl. 290.), woraus man einen eigenen Fall der b. p. quib. ex legib. hat machen wollen. S. darüber v. Löhr Mag. III. S. 242—244., und Hase das ius postliminii (1851.) S. 202.

13) L. 5. C. qui admitti 6. 9. (Diocl.): Quamdiu *per facti quaestionem* incertum est, utrum ne secundum tabulas an ab intestato et ex quo capite possessio sit delata, ne tibi tempus agnoscendae bonorum possessionis praefinitum *cedat*, superstitiosam geris sollicitudinem.

14) Scheinbar gehören unter diesen Gesichtspunkt auch die Worte des fr. 10. h. t.: satis enim est scire mortuum esse seque proximum *cognatum* fuisse. Es ist aber wohl richtiger das „cognatum", da in der Stelle vom institutus die Rede ist, mit Mommsen zu streichen, so daß sie also gleichartigen Inhalts ist, wie das

Digitized by Google

27. — 2) Weiter ist die Frage zu beantworten, welche subjectiven Voraussetzungen in der Person des Erblassers bei Delation der b. p. zu stellen sind.

a) Oberste Bedingung ist bei den Römern, daß derjenige, dessen b. p. soll agnoscirt werden können, ein freier Mensch gewesen sei. Die römischen Rechtsbestimmungen rücksichtlich des Postliminiums und der Cornelischen Gesetzfiction bedürfen hier nur einer kurzen Erwähnung. *α*) Wenn der Erblasser in feindliche Gefangenschaft gerathen, aber vor seinem Tode zurückgekehrt war, so traten die Grundsätze des ius postliminii ein [15]). Für die Intestatsuccession bestand mithin keinerlei Hinderniß. Rücksichtlich letztwilliger Dispositionen aber galt zunächst der Satz, daß die während der Gefangenschaft gemachten Testamente, als von einem servus errichtet, ungültig seien, auch wenn der Testator wieder heimgekehrt war [16]). Dagegen das vor der Gefangennahme errichtete Testament, durch die feindliche Caption zunächst irritum gemacht, erlangte durch Rückkehr des Testators iure postliminii seine Kraft sowohl für Civil- wie für prätorisches Recht wieder [17]).

citirte fr. 1. §. 4. de b. p. sec. tab.; s. noch Ziff. 22. A. 58.

15) Hase das ius postliminii S. 122—127.

16) Paul. sent. III. 4a. §. 8; fr. 1. pr. qui test. fac. poss. 28. 1. — Ueber die Besonderheit in Betreff der in der Zeit der Gefangenschaft gemachten confirmirten Codicille s. fr. 7. pr. de iure cod. 29. 7.; fr. 12. §. 5. de captiv. et de postlim. 49. 15. Fein in diesem Commentar XLIV. S. 54 ff. S. 150.

17) Fr. 6. §. 5. u. 12. de iniust. rupt. 28. 3; Paul. sent. III. 4a. §. 8; Ulp. XXIII. 5.

Digitized by Google

β) Wenn der Erblasser in der feindlichen Gefangenschaft gestorben war, so trat die fictio legis Corneliae ein [18]). Danach wird das vor der Gefangennahme errichtete Testament confirmirt, die Intestaterbberechtigung erhält volle Gültigkeit und die Erbfolge wird so eingerichtet, als wenn der Erblasser in civitate im Momente der Gefangennahme gestorben wäre. Dies gilt demnach auch für die prätorische Erbfolge.

Fr. 3. §. 6. h. t.: Sed et eius, qui apud hostes decessit, bonorum possessionem admitti posse, quamvis in servitute decedat, nulla dubitatio est [19]).

b) Zweite aber nicht allgemeine Voraussetzung für den Erblasser, damit über seine Erbschaft die römische b. p. erbeten werden konnte, war die Civität. Für die sec. tab. b. p. wird sie ausdrücklich gefordert; für die c. t. b. p. liegt sie in dem Satze, daß diese da nur zulässig sei, wo die Möglichkeit der testamentarischen her. aditio oder sec. tab. b. p. vorliege; für die b. p. unde liberi und unde legitimi ergiebt sie sich aus dem streng römischen Charakter der Agnation. Nur die b. p. unde cognati und unde vir et uxor hat, soweit zwischen cives und Nichtcives juristische Cognation und iustum matrimonium anerkannt war, über den Kreis der cives hinausgehen können [20]).

18) Hase a. a. O. S. 198 ff.

19) Fr. 4. §. 1. de bon. libert. 38. 2.; fr. 1. pr. de suis et legit. 38. 16; fr. 1. §. 1. ad leg. Falc. 35. 2. — In dem fr. 3. §. 6. cit. hat man ganz unbegründeter Weise eine b. p. quib. ex legibus finden wollen; s. darüber v. Löhr Mag. III. S. 241.

20) Gai. II. 147. I. 23. Schmidt Notherbenr. S. 73.

Digitized by Google

In den Provinzen hat es auch Edicte über die b. p. gegeben (Bd. I. dieser Serie Ziff. 21. A. 80.); wie weit aber hier die Nachahmung des römischen Rechts und andererseits die Anerkennung des Provinzialrechts gegangen ist, darüber fehlt uns jede weitere Kunde[21]).

c) Mit einer Capitalstrafe belegte Verbrecher sind solche, deren Strafe Verlust der Freiheit oder der Civität zur Folge hat. Die Frage über ihre Beerbung und also auch die, ob oder in wie weit an ihrer Hinterlassenschaft eine b. p. möglich ist, richtet sich demzufolge im Allgemeinen nach den Gesichtspunkten unter Nr. a. und b. [22]). Indeß besteht hier gerade für das Gebiet der b. p. eine bedeutende Ausnahme, welche ein genaueres Eingehen in die ganze Frage nöthig macht.

In der römischen Kaiserzeit erlitt in Folge der Verurtheilung zu gewissen Strafen (insbesondere: zum Tode, in metallum und ad ludos) der Verbrecher eine capitis diminutio maxima. Er wurde servus poenae [23]), und sein Vermögen wurde confiscirt. Nach

A. 22. — Gai. II. 55—95; fr. un. pr. unde vir. et ux. 38. 11.

21) Ohne Zweifel hatte der magistratus *domicilii* defuncti die b. p. zu ertheilen; s. Ubbelohde Erbrechtliche Competenzfragen I. (Marburg 1868.) S. 13.

22) Donelli Comment. ad l. II. III. IV. VI. VIII. Codicis. Francof. 1599. (ad l. 13. de test. mil.). Marezoll über die bürgerl. Ehre (1824.) S. 21—76. Glück Commentar XXXIV. S. 65—97. Wächter im Arch. f. civ. Pr. XVII. S. 423—434.

23) Fr. 6. §. 6. de iniusto rupt. (Ulp.): Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias vel ad gladium vel alia poena quae vitam adimit, testamen-

Digitized by Google

dieſer Vermögensconfiscation konnte er, weil ihm die Rechtsſubjectivität fehlte, kein neues Vermögen wieder erwerben, und eine Beerbung war bei ſeinem Tode weder ex testamento noch ab intestato denkbar, da er die Stellung als Rechtsſubject verloren hatte [24]). — Andere Strafverurtheilungen (wie zur Deportation, zu opus publicum perpetuum) enthielten nur eine capitis diminutio media, hatten aber gleichfalls ſtillſchweigende Vermögensconfiscation zur Folge. Indeſſen wenn auch der Verbrecher hier an ſich nur die Civität verlor, ſo ſtand er doch nicht in Betreff der Erbfrage wie ein gewöhnlicher Peregrine da, ſondern er konnte auch rückſichtlich des nach der Confiscation bis zum Tode etwa neu erworbenen Vermögens weder ex testamento noch ab intestato beerbt werden, da er, aus dem Römerkreiſe ausgewieſen, doch auch wieder keinem anderen politiſchen Gemeinweſen angehörte [25]). Solche Unfähig-

tum eius irritum fiet, et non tunc cum consumtus sed cum sententiam passus est: *nam poenae servus efficitur.*

24) Im Fall der perduellio konnte ſogar, wegen der damnata memoria des Verbrechers (Schrader ad Instit. p. 755. 756.), noch nach ſeinem Tode Verurtheilung und Vermögensconfiscation erfolgen. Fr. 1. §. 3. de suis et legit. 38. 16: Interdum etiam filius suus heres excluditur *fisco praelato*, utputa si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam, hoc quo [Mommsen: eo usque?], *ut nec iura sepulcrorum hic filius habeat.*

25) Hier fielen alſo die ſeit der Confiscation neu erworbenen Güter beim Tode des Verbrechers dem Fiscus als bona vacantia zu. — Fr. 1. §. 2. de legat. III. (32.): Hi quibus aqua et igni interdictum est, item

Digitized by Google

keit beerbt zu werden bezieht sich natürlich so gut auf die hereditas wie die bonorum possessio.

Gegenüber dieser Regel besteht nun eine Ausnahme, der ein eigener kleiner Digestentitel im Gebiete des Instituts der b. p. gewidmet ist[26]). Die zwei darin enthaltenen Stellen bedürfen nach verschiedenen Seiten hin der Erläuterung.

Fr. 1. (Macer l. 2. de re militari): Militi qui *capite puniri* meruit, testamentum facere concedendum Paulus et Menander scribunt eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere, si tamen *ex militari delicto*[27]), non ex communi punitus sit.

Fr. 2. (Pap.): Bona militis intestati defuncti castrensia fisco non vindicantur, cum heres legitimus ad finem quinti gradus extitit aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem acceperit.

a) Die erste Voraussetzung dieser Ausnahmestellung des Militärs ist, daß derselbe zu einer Capital-

deportati fideicommissum relinquere non possunt, quia nec testamenti faciendi ius habent, cum sint ἀπόλιδες. Das Testament des definitiv zur Deportation Verurtheilten gilt als irritum; fr. 6. §. 7. u. 8. de iniusto rupt. 28. 3. — Ueber die Zusammenstellung eines capite damnatus, aber indulgentia principis in integrum restitutus, mit dem postliminio reversus s. Hase, Jus postlim. S. 123. 124.

26) Tit. D. de veteranorum et militum successione. 38. 12.

27) Ueber die Militärdelicte vgl. fr. 2—6. de re militari 49. 16; fr. 1. 3. de veteranis 49. 18.

Digitized by Google

strafe verurtheilt worden war[28]). Zwar heißt es in fr. 1. cit.: qui capite puniri *meruit*, was so verstanden werden könnte, daß er sich nur des Verbrechens schuldig gemacht zu haben brauchte, ohne verurtheilt worden zu sein. Indeß würde dies ganz unzulässig sein. Es wird in einer anderen Stelle (fr. 22. §. 1. de legat. III.) ausdrücklich hervorgehoben, daß die Concession zum Testiren in der Sentenz ausgesprochen sein müsse: miles, in eum ex militari delicto capitali dicta sententia, permittente eo in ipsa sententia qui damnavit, sicut testamenti faciendi ita fideicommissi relinquendi[29]) potestatem consequitur. In dem Worte „concedendum" unseres fr. 1. ist also genügend angedeutet, daß es sich hier um die Condemnation Eines, der die capitalis poena verwirkt hat, handelt. Ferner aber sieht man aus der Art, wie Macer den Eintritt der Intestaterbfolge neben die Gewährung der testamentifactio stellt, daß er sich (entsprechend dem in A. 28. a. E. Gesagten) die Sache so vorstellt, daß die Ausführung der Strafe den Tod

28) Zu gewissen Capitalstrafen wurden übrigens weder milites noch veterani verurtheilt; fr. 1. §. 1. de re mil.: nam in metallum aut in opus metalli non dabuntur; fr. 1. §. 19. eod.; fr. 1. de veteran: nec ad bestias ita veteranus datur; fr. 3. eod: nec in metallum damnabuntur nec in opus publicum vel ad bestias. Das capite puniri, das in fr. 3. u. 6. de re militari so oft wiederkehrt, ist danach wohl regulär als Todesstrafe gemeint.

29) Hierunter ist wohl vorzugsweise die Befugniß zur Errichtung eines Intestatcodicills verstanden. Glück a. a. O. S. 73. (Nicht erwähnt von Fein XLIV. S. 30 ff.)

Digitized by Google

des Verbrechers involvirt. Er sagt nämlich: „und seine bona gehören, si punitus sit, ab intestato den Verwandten.“ Also, da nicht daran zu denken ist, daß nach dem Bestraftsein die Verwandten bei Lebzeiten des Verbrechers hier gerufen sein könnten, so muß das: si punitus sit auch zugleich das Lebensende des Verbrechers in sich fassen.

28. — β) In dem fr. 1. cit. ist überhaupt von den bona des miles die Rede. Nach dem fr. 2. ist dies aber zu verengern. Es handelt sich nämlich bei diesem Privilegium nur um die *bona castrensia*, wie durch mehre andere Stellen ausdrücklich bestätigt wird. Fr. 32. §. 8. de don. int. vir et ux. 24. 1. (Ulp.): Si miles uxori donaverit de castrensibus bonis et fuerit damnatus, quia permissum est ei *de his* testari (si modo impetravit ut testetur cum damnaretur) donatio valebit: nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est. Fr. 11. pr. de test. mil. 29. 1. (Ulp.): Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet *super bonis duntaxat castrensibus*. Hieraus folgt, daß, wenn der Soldat wegen eines gemeinen Verbrechens (dessen in unserem fr. 1. a. E. Erwähnung geschieht) in eine Capitalstrafe verurtheilt wird, ganz die vorher angegebenen gewöhnlichen Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen. Ferner: wenn er wegen eines Militärdelicts mit Capitalstrafe belegt ist, so gelten rücksichtlich der bona pagana wiederum die gewöhnlichen Rechtsregeln. Unter den mit dem Privilegium versehenen bona castrensia ist hier übrigens, wie Marezoll richtig bemerkt [30]),

30) Marezoll a. a. O. S. 58. Glück S. 69. 70.

Digitized by Google

offenbar nicht bloß das peculium castrense eines Hausſohns, ſondern überhaupt das vom Soldaten als ſolchem erworbene Vermögen verſtanden[31]).

y) Wenn in der vorausgeſetzten Weiſe dem Soldaten das Teſtirungsrecht eingeräumt worden iſt, ſo fragt ſich weiter, in welcher Form er teſtiren könne. Hierin ſind die römiſchen Juriſten bedenklich geweſen, aber es hat die Anſicht überwogen, daß der miles nun auch iure militari zu teſtiren das Recht habe. Fr. 11. pr. de test. mil. (ſiehe oben): . . . sed utrum iure militari an iure communi quaeritur. magis autem est, ut *iure militari* eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi, consequens erit dicere iure militari ei testandum. quod ita intelligi oportet, *si non sacramenti fides rupta sit.* Dieſe letzteren Worte werden verſchieden verſtanden. Die Gloſſe nimmt ſie in dem Sinn: nisi miles damnatus sit de fide rupta. Donellus, dies für ganz irrthümlich („male") erklärend, meint, es hieße ſoviel als: nisi sacramento sive sacramenti fide solutus sit ignominiae causa, quod ita fit si sit exauctoratus[32]). Glück, obgleich ſich an dieſe Donell'ſchen Worte anſchließend, kehrt doch in Wirklichkeit zur Er-

31) Daß in einigen der angeführten Stellen die Nothwendigkeit des beſonderen Vorbehalts der Teſtirungsfähigkeit in der Sentenz hervorgehoben und in anderen Stellen nur ſubintelligirt wird, darf nicht auffallen. Ein „ſehr merkwürdiger Contraſt", den v. Löhr Mag. III. S. 244. A. 1. zwiſchen dieſen Stellen findet, iſt durch Nichts motivirt.

32) Ueber das Exauctorirtwerden vgl. fr. 2. §. 2. de his qui not. inf. 3. 2; fr. 4. §. 8. fr. 7. de re milit. 49. 16.

Digitized by Google

klärung der Gloſſe zurück, indem er vorausſetzt: „der Soldat muß nicht als Verräther oder Ueberläufer zum Tode verurtheilt ſein". — Wie dem auch ſei, jedenfalls haben wir mit Donell für den Fall der fides rupta anzunehmen, daß der mit der Teſtirungsconceſſion verurtheilte miles das Teſtament iure communi zu errichten hatte, ebenſo wie auch die (in den zwei Stellen unſeres Titels nicht erwähnten, wohl aber in der Titelüberſchrift den milites gleichgeſtellten) verurtheilten veterani das ihnen nachgelaſſene Recht zu teſtiren nur iure communi ausüben konnten [33]).

Für denjenigen miles aber, dem hier das iure militari Teſtiren offen ſtand, mußte ſich nothwendig die weitere Frage erheben, wie ein ſchon früher errichtetes Teſtament Anſpruch auf Geltung habe. Die allgemeinen Grundſätze ergeben dafür Folgendes. Durch die Verurtheilung zur Capitalſtrafe (ſei es auch nur eine die cap. dim. media in ſich faſſende) wird das vorher errichtete Teſtament des Verbrechers irritum (A. 25). Nun aber heißt: iure militari Teſtiren ſo viel als: quoquo modo ſeine voluntas ausdrücken [34]). Hat alſo der Verurtheilte, deſſen vor der Verurtheilung errichtetes Teſtament durch die Sentenz irritum geworden war, in irgend einer formloſen aber ſicheren Weiſe ſeinen Willen ausgedrückt, daß das irritum testamentum ſein letzter Wille ſein ſolle, ſo hat er ja, was ihm concedirt iſt, rechtsgültig teſtirt, und es iſt ſo anzuſehen, als hätte er jenes irritum gewordene Teſtament neu gemacht. — Dies ſagt denn auch eine von Glück ganz mißverſtandene Stelle, fr. 6. §. 6. de iniust. rupt.,

33) Vgl. auch §. 3. J. de milit. test. 2. 11.
34) Fr. 1. pr. de testam. mil. 29. 1.

Digitized by Google

welche nach den in A. 23. abgedruckten Worten so fortfährt: nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus, nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit. et credo *iure militari testabitur*. qua ratione igitur damnato ei testari permittitur, numquid et, si quod ante habuit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero *poena irritum factum reficiendum est?* et si militari iure ei testandum sit, dubitari non oportet, *quin si voluit id valere, fecisse id credatur.* Glück[35]) ist der Meinung, es werde hier gar keine besondere Willenserklärung des Soldaten, daß das Testament wieder gelten solle, erfordert. Solche Willenserklärung sei nöthig, da wo der Testator durch eine mit seiner Einwilligung erfolgte cap. diminutio (wie Arrogation) das Testament mit seinem Willen hatte ungültig werden lassen (vgl. fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab. 37. 11). Dagegen hier werde durch den Vorbehalt der Testamentifaction das Testament ipso iure wieder gültig (wobei Glück sich auf das in A. 17. citirte fr. 6. §. 12. de ini. rupt. beruft); eine besondere Erklärung, daß es gelten solle, sei mithin nicht nöthig. — Es widerlegt sich dies einfach dadurch, daß gerade die Sentenz es ist, wodurch das Testament irritum gemacht wird[36]). Nun kann doch diese selbe Sentenz

35) a. a. O. S. 71. A. 56.

36) Es ist dies also eine ganz ähnliche Frage, wie die in folgenden Stellen behandelten: fr. 9. de test. mil. 29. 1: Idemque erit dicendum et si nato filio vivo se *maluit eodem testamento durante decedere: nam videtur iure militari refecisse testamentum.* §. 1. ut est rescriptum a divo Pio in eo qui, cum esset paganus, fecit testamentum, mox militare coepit: nam

Digitized by Google

durch den Vorbehalt der Testamentifaction das Testament nicht wiederherstellen, sondern der Vorbehalt kann lediglich bedeuten, daß ein besonders erklärter Wille des miles zugelassen werden soll. Darin liegt aber gerade, daß diese Willensbestimmung, die als eine Neuerrichtung des früheren Testaments interpretirt werden soll, erst vorliegen muß. Und dies wird ja denn auch in den Worten unserer Stelle: si id voluit valere auf das Deutlichste gefordert.

29. — δ) In der eben besprochenen Stelle finden wir den Beginn des Privilegiums, Soldaten die testamentifactio vorzubehalten, auf ein Rescript Hadrians zurückgeführt. Da nun in unserem fr. 1. de veter. et mil. succ. die Frage von der Intestatbeerbung der Militärpersonen als ein gleichsam nur zweites Glied eines und desselben Rechtssatzes mit jener testamentarischen Erbfrage zusammengestellt wird, so liegt die Annahme nahe, wie sie auch wohl die herrschende ist [37]), daß ebenfalls von Hadrian die besonderen Bestimmungen über die Intestatvererbung der castrensia bona eines wegen Militärdelicts capite damnirten Soldaten herrühren mögen. Festzustellen ist darüber nichts.

Diese Intestatvererbung steht zunächst auf demselben juristischen Standpunkt mit jener testamentarischen, daß in Betreff der übrigen bona der Fiscus succedirt und daß er auch rücksichtlich der bona castrensia an

hoc quoque iure militari incipiet valere, *si hoc maluit miles;* §. 4. J. de militar. test. 2. 11; fr. 15. §. 2. de test. mil. S. darüber Mühlenbruch in diesem Commentar XLII. S. 69 ff. S. 80.

37) Marezoll a. a. O. S. 41. 42. 57. 58. Glück S. 73. 74; s. übrigens v. Löhr Mag. III. S. 245.

Digitized by Google

sich succediren würde, wenn nicht in Folge jenes besonderen gesetzlichen Ausnahmsrechts andere Personen für vorgehend erklärt worden wären. Dies zeigt sich denn gleich darin, daß (wie in unserem fr. 2. ausdrücklich hervorgehoben wird) die bona militis intestati defuncti castrensia nur dann fisco non vindicantur wenn jene bestimmten vorberechtigten Personen vorhanden sind. Also umgekehrt, sind sie nicht da, so succedirt auch in die bona castrensia der Fiscus.

Die vorberechtigten Personen sind nach dem fr. 1. die Cognaten (eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere). Aber gewiß sind hier die Cognaten im weiteren Sinne gemeint und es sind auch nicht alle Cognaten gemeint. Also genauer ist das fr. 1. aus dem fr. 2. zu erklären, worin speciell gesagt wird, daß der Fiscus nicht succedire: *cum heres legitimus* ab finem quinti gradus extitit aut *proximus cognatus* eiusdem gradus intra tempus *possessionem acceperit*. Es kommt in der römischen Gesetzgebung von dieser Zeit an noch öfter vor, daß gewisse Verwandte eines Verbrechers dem Fiscus vorgehen sollen; wobei sich die Frage erhebt, was für eine Art von Successionsrecht ihnen in dieser Hinsicht gegeben sei [38]). Hier jedenfalls ist diese Frage zweifellos zu beantworten. Die Verwandten succediren nicht, als eine Art Vertreter des Fiscus, nach den Grundsätzen, die für die Succession des Fiscus bestehen, sondern sie erben nach den Rechtssätzen der *hereditas* und *bonorum possessio*. Nur daß diese Erbfolge nicht gleich iure communi eintritt, sondern kraft eines dem regelmäßigen Recht der allgemeinen Vermögensconfiscation entgegentretenden

38) Vgl. Marezoll a. a. O. S. 58—72.

Digitized by Google

Specialgesetzes (gleichviel von wem dies Gesetz ausgegangen sein mag). Danach muß denn auch die Frage beantwortet werden, ob, insoweit es sich hier um eine b. p. der Cognaten handelt, darin ein Fall einer b. p. quibus ex legibus [von welcher der zweitfolgende Titel D. 38. 14. handelt, welcher unten noch weiter besprochen werden wird, s. Ziff. 46. a. E.] zu finden sei. Löhr [39]) verneint diese Frage; aber der Grund, den er dafür anführt, ist nicht stichhaltig. Es beruhe hier, meint Löhr, nur die Möglichkeit einer Successsion, nicht aber die Delation, auf Constitutionen. Das ist nicht der Fall. Daß hier die bona castrensia nicht an den Fiscus fallen, sondern daß nach den Grundsätzen der hereditas oder b. p. eine Delation an gewisse Verwandte (und nur an diese) erfolgt, ruht direct lediglich auf dem Specialgesetz. Ich halte also diese b. p. in der That für einen sicher nachweisbaren Fall einer b. p. quib. ex legibus.

Das Specialgesetz richtet sich im Uebrigen ganz nach hereditas und b. p. Es werden daher auch ohne Zweifel ganz die Klassen unde liberi, unde legitimi und unde cognati in gewöhnlicher Weise, nur mit der Beschränkung, daß darin Niemand über den fünften Grad hinaus hereditatis aditio oder b. possessionis agnitio vornehmen könne, zur Anwendung gekommen sein. In solchem Fall bestehen dann also zwei Universalsuc-

39) Mag. III. S. 244. — Daß wir nicht wissen, ob dieses Ausnahmsrecht von Hadrian herrührt, ist kein Gegengrund. Daß dieser für *hereditas* und b. p. gleichmäßig den fünften Grad der Verwandtschaft fixirende Rechtssatz eine civilrechtliche Ausnahmsbestimmung gewesen sein muß, kann jedenfalls nicht bezweifelt werden.

Digitized by Google

cessionen, die über die castrensia bona und die des Fiscus über die pagana, nebeneinander [40]).

ε) Gegenüber dem jetzt dargestellten Rechte der Verwandten bis zum fünften Grade, die bona castrensia ab intestato zu erben, erhebt sich noch eine Schwierigkeit in einer Codexstelle, in welcher nur die Möglichkeit jenes Vorbehaltes der testamentifactio zugestanden zu sein, im Uebrigen aber für den Intestatfall, unter Nichtanerkennung des Vorgangsrechtes der Verwandten, lediglich dem Fiscus ein Anspruch auf die bona des Verurtheilten eingeräumt zu sein scheint [41]). Glück (a. a. O. S. 76.) versteht, um diesem Resultate zu entgehen, die Schlußworte: et intestatis *iure proprio* succeditur a fisco von den bona pagana des Soldaten, indem „es allerdings ein eigenes und besonderes Recht des Fiscus sei, daß nur die bona pagana militis damnati an ihn fallen, während der Soldat in Ansehung seiner bona castrensia einen Testaments- oder gesetzlichen Erben hat". Glück erklärt dies für die von ihm adoptirte Ansicht des Donell (l. c. p. 343.); aber Letzterer sagt ausdrücklich, und sehr mit Recht: quae verba si ad praecedentia referri debent, ut referri necesse est, non intelliguntur solum de paganicis, sed potius de solis bonis castrensibus. Donell erklärt die bedenklichen Worte vielmehr so (und zwar augenscheinlich richtig), daß in dem iure proprio

40) Vgl. auch fr. 16. pr. de compens. 16. 2.

41) S. 13. C. de test. mil. 6. 21. (Valer. et Gallien. 255.): Et militibus nostris, centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis, non aliarum quam castrensium rerum testamenta facere permittitur, *et intestatis iure proprio succeditur a fisco.*

Digitized by Google

in kurzer Hindeutung sowohl castrensia wie pagana bona zusammengefaßt werden. Es kommt den Kaisern wesentlich nur darauf an, die objective Beschränkung der zugestandenen testamentifactio hervorzuheben und daran knüpfen sie die kurze Schlußbemerkung: „ab intestato succedirt ihnen nach eigenthümlichen Rechtsbestimmungen [d. h. auf die pagana unmittelbar, auf die castrensia eventuell beim Nichtvorhandensein gewisser Verwandten] der Fiscus". Daß jedenfalls die l. 13. cit. das Recht der Pandektenjuristen nicht aufheben sollte, sieht man mit Sicherheit daraus, daß trotz ihr die Compilatoren den eigenen kleinen Digestentitel 38. 12. eingerichtet haben.

Auch weiterhin ist bei der späteren Kaisergesetzgebung und schließlich bei der (hier nicht zu erläuternden) Nov. 134. dieses dargestellte Specialrecht der Militärpersonen, wie Marezoll (S. 58.) richtig hervorhebt, unberührt geblieben. Dagegen ist klar, daß es mit unseren deutschen Rechtseinrichtungen für unvereinbar erklärt werden muß. Die für den Verurtheilten bestehende Unfähigkeit, testamentarisch oder ab intestato beerbt zu werden, lag in der capitis diminutio maxima oder media [42]). Also da diese letzteren heutzutage nicht mehr bestehen, so existirt gar kein rechtliches Hinderniß mehr in Betreff der ganz regulären testamentarischen Beerbung. Es kann mithin für uns nicht mehr davon die Rede sein, daß in der Sentenz über das Militärdelict erst noch die Testirfähigkeit vorbehalten werden müßte, noch daß ab intestato nur eine Beerbung durch Verwandte bis zum fünften Grade zugelassen würde. Aber auch die stillschweigende Gesammt-

42) Siehe A. 25. — Wächter a. a. O. S. 427 ff.

Digitized by Google

confiscation, welche eintrat theils für die bona pagana, theils für die castrensia, wenn der Verurtheilte nicht aus einem Testament oder von Verwandten bis zum fünften Grad beerbt wurde, ist nach deutschem Rechte hinweggefallen. Es könnte also von unserem Specialrecht nur noch die Rede sein, wenn wegen eines Militärvergehens eine ausdrückliche Vermögensconfiscation erkannt würde, deren Ausführung dann doch jener Kreis von Verwandten und ein in Folge besonderer Concession der testamentifactio ernannter Erbe in Betreff der castrensia bona vorgehen sollte. Dieser allein noch denkbare Anwendungsfall ist aber durch unsere moderne Militäreinrichtung und Militärstrafgesetzgebung als hinweggeräumt zu betrachten. Es ist demnach nicht zu billigen, wenn noch Thibaut (Pand. 8. Aufl. §. 868. a. E.) unter Citirung des Digenstentitels 38. 12. als geltendes Recht unter den Voraussetzungen der Erbantretung Folgendes hinstellt: „Das Vermögen des Erblassers darf nicht confiscirt, also derselbe nicht zum Tode verurtheilt gewesen sein. Nur die Verwandten bis zum fünften Grade eines, wegen militärischer Verbrechen zum Tode verurtheilten Soldaten können bonorum possessio erhalten [43]).

30. — d) Die letzte römische Voraussetzung, damit ein Verstorbener als Erblasser dastehe, wegen dessen Vermögen eine b. p. erbeten werden könne, ist

43) Das Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 20. Juni 1872 [Reichsgesetzbl. 1872 S. 174.] läßt natürlich bei den mit dem Tode bedrohten militärischen Verbrechen (s. insbes. §. 1. 14. 56. 58. 63. 71. 73. 84. 95. 97. 107. 108. 133.) einer Anwendung des hier dargestellten römischen Rechtes gar keinen Raum.

Digitized by Google

(für teſtamentariſche [44]) wie Inteſtaterbfolge), daß der Teſtator *suae potestatis* geweſen ſein müſſe. Dies iſt dahin zu verſtehen, daß ein filius familias, in Betreff des castrense peculium teſtirend, auch als suae potestatis angeſehen wird. [Wie man von dieſem Erforderniß der Familienunabhängigkeit für hereditas und b. p. abgegangen iſt, kann hier nicht in Betracht gezogen werden].

Fr. 3. §. 5. h. t.: Dari autem bonorum possessio potest tam patris familias quam filii familias, si modo ius testandi habuit de peculio castrensi vel quasi castrensi. —

Ein beſonders wichtiger Anwendungsfall dieſes Erforderniſſes der Familienſelbſtändigkeit in der Perſon des Erblaſſers war bei den Römern die Eventualität, daß der Hausvater eines Verſtorbenen ſich in Kriegsgefangenſchaft befand. Hier hing es alſo von der Rückkehr des paterfamilias oder ſeinem Tode in der Kriegsgefangenſchaft ab, ob der Verſtorbene im Momente des Todes hausunterthänig oder suae potestatis geweſen war. Es war bei den Römern zweifelhaft geweſen, ob in dieſer Hinſicht die fictio legis Corneliae zur Anwendung zu bringen ſei [45]). Dieſe iſt dann aber zu unbezweifelter Geltung gekommen [46]). Alſo

44) Gai. II. 147: potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et *suae potestatis* mortis tempore fuerit.

45) Gai. II. 129: erunt quidem liberi sui iuris: sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest.

46) Fr. 22. §. 2. de captiv. 49. 15: nam status homi-

Digitized by Google

der Vater, der in der Gewalt der Feinde gestorben ist, gilt als schon im Moment der Gefangennahme gestorben [47]), das Hauskind als von da an sui iuris geworden. Damit ist daher das Kind, wenn es seinerseits stirbt, in der Rechtsstellung eines Erblassers. Fr. 15. de suis et legit. 38. 16. (Pap.): Si pater apud hostes moriatur, defunctum iam in civitate filium credimus patrem familias decessisse, quamvis patria potestate quamdiu vixerit non fuerit in plenum liberatus: *itaque heredem habiturus est iste non reverso patre* [48]). Danach ist denn hier auch die Möglichkeit gegeben, daß an der Hinterlassenschaft desselben eine b. p. erbeten werden konnte. Fr. 2. §. 3. unde legit. (Ulp.): Si quis decesserit, de quo incertum est, utrum pater familias an filius familias sit, quia pater eius ab hostibus captus adhuc vivat vel quod alia causa suspendebat eius statum, magis est ne possit peti bonorum eius possessio, quia nondum intestatum eum esse apparet, cum incertum sit an testari possit. *cum igitur coeperit certi status esse, tunc demum petenda est bonorum possessio:* non cum certum esse coeperit

num, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, *mortuo tunc paterfamilias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret;* fr. 12. §. 1. eod.; Hase, Jus postlim. S. 204 ff.

47) Fr. 18. de captiv.

48) Natürlich ändert sich an dem Agnationsverhältniß mehrer in derselben patria potestas Stehenden unter sich durch das Gefangenwerden des paterfamilias überhaupt nichts; fr. 5. unde legit. 38. 7.

Digitized by Google

intestatum esse, sed *cum certum esse coeperit patremfamilias esse.*

In Folge der hier vorkommenden Zeit der Ungewißheit, in der es noch unsicher ist, ob der Verstorbene ein Erblasser sei, erhebt sich ein eigenthümlicher Uebelstand für diejenigen, welche, falls er als Erblasser sterben wird, seine nächsten Erbberechtigten sein werden. Diese können nämlich während der Zeit der Ungewißheit sterben und laufen daher Gefahr, einer Erbschaft verlustig zu gehen, die doch, wenn nach Abschluß der Ungewißheit der in schwankendem status Stehende in der That als Erblasser gestorben erschien, im juristischen Sinn ihnen vor ihrem Tode bereits eröffnet war. Das war recht eine Sachlage, in der der Prätor von den Gesichtspunkten aus, die ihn überhaupt in das Erbrecht eingreifen ließen, sich berufen fühlen konnte, helfend herzuzutreten. Ulpian erörtert dies in fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull. 38. 17: Si ea sit mater, *de cuius statu dubitatur*, utrum mater familias sit an filia familias, ut puta quoniam pater eius ab hostibus captus sit: si certum esse coeperit matrem familias esse, liberi admittentur. unde tractari potest, *an medio tempore dum status pendet succurri eis per praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant: et magis est ut subveniatur*, ut in multis casibus placuit.

Hiemit ist zuerst ein Punkt berührt, der im Gebiete der b. p. eine größere Ausdehnung hat. Ich werde, hier abbrechend, unten darauf zurückkommen. (Ziff. 36 ff. insbes. Ziff. 39.)

31. — 3) Gleichartig den in der Person des Erblassers zu stellenden Anforderungen (Ziff. 27—30.)

Digitized by Google

sind auch die über die Persönlichkeit des zu Berufenden in der Zeit der Pandektenjuristen für die Delation der b. p. gemachten Voraussetzungen.

a) Der, welchem die Frist einer b. p. laufen soll, muß ein freier Mensch und für das Edict des praetor urbanus, insbesondere jedenfalls für testamentarisches und agnatisches Recht, auch civis romanus sein. Bei dem Edict für Peregrinen und Provinzialen muß das letztere Erforderniß natürlich als wegfallend gedacht werden.

Entgegen jener römischen Voraussetzung der Freiheit und Civität ist die feindliche Gefangenschaft, ebenso wie dies schon oben in Betreff des Erblassers erörtert wurde, so auch für den zu Berufenden durch die fictio des postliminium im Fall seiner Rückkehr hinweginterpretirt worden [49]). Selbstverständlich kann aber die Frist der b. p., als etwas Factisches, ihm immer erst vom Momente seiner Rückkehr an laufen. Fr. 11. §. 1. de b. p. sec. tab. 37. 11. (Papin.): Filius heres institutus post mortem patris ab hostibus rediit: bonorum possessionem accipiet et anni tempus a quo rediit ei computabitur. Fr. 1. §. 11. unde cogn. 38. 8. (Ulp.): Si quis apud hostes fuerit mortis tempore eius, de cuius bonorum possessione quaeritur, dicendum est bonorum possessionem peti (vom Momente seiner Rückkehr an) ab eo posse. Dagegen abgesehen von dem Fristenlauf wird die ganze juristische Stellung des zu Berufenden in seinen Rechten wie in seinen Pflichten auf den gewöhnlichen Delationsmoment rückgerechnet. So also auch die

49) Paul. sent. IV. 8. §. 24: Ab hostibus captus neque sui neque legitimi heredis ius amittit postliminio reversus.

Digitized by Google

Pflicht zur Collation. Fr. 1. §. 17. de collat. bon. 37. 6. (Ulp.): qui ab hostibus captus post mortem patris redit, licet moriente patre nihil habuit cum apud hostes fuerit, tamen et ad bonorum possessionem admittetur et confert scilicet ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset.

Ein Gleiches trat bei den Römern auch ein, wenn ein Kriegsgefangener losgekauft worden war, an dem aber der Eintritt des ius postliminii noch nicht im Momente der Rückkehr sondern erst nach Abzahlung der Redemtionssumme erfolgte [50]). Deßhalb stellt die eben citirte Stelle den mortis tempore patris bereits Redimirten mit demjenigen auf gleiche Linie, der mortis tempore noch bei den Feinden war, indem sie folgendermaßen fortfährt: sed et si redemptus ab hostibus mortis tempore patris inveniatur, aeque collatio erit facienda.

b) In Gemäßheit des vorigen Punktes ist auch zur b. p. unfähig, wer durch Verurtheilung zu einer Capitalstrafe die Freiheit oder Civität verloren hat [51]).

c) Die b. p., als ein an die hereditas sich im Allgemeinen zum Zweck der Emendation anlehnendes Institut, das nach Außen mit der hereditas ein durch-

50) Hase Jus postlimin. S. 163. 164.

51) Fr. 60. (59.) §. 4. de her. inst. 28. 5. (Cels.): Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit redierit aut, si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio extitit. *idem* et in legatis *et in bonorum possessionibus.* S. Bd. I. dieser Serie S. 304. A. 94.

Digitized by Google

aus einheitliches Ganzes ausmacht, mußte nothwendig auch noch unter der allgemeinen Regel stehen, daß, wo irgend von Außen ein Rechtssatz sich der hereditas hindernd oder das capere derselben verbietend entgegenstellt, dies ein für allemal auch auf die b. p. herüberzuziehen war [52]).

32. — C. Die Acquisition der *b. p.* Umfänglicher und eigenartiger als die Delationsregeln, in denen sich die b. p. überwiegend an die hereditas einfach anschließt, sind die Grundsätze, nach denen sich der Erwerb der b. p. vollzieht. Das Wesen der b. p. tritt von vorn herein darin ganz eigenthümlich hervor, daß sie durch *datio* des Magistrats zur Realisirung gelangt [53]). Sie ist darin, daß sie des Angehens des

52) Hievon ist ebenfalls bereits im Bd. I. dieser Serie die Rede gewesen (S. 305. A. 97.). Unter diesen Gesichtspunkt gehören noch folgende Stellen: fr. un. pr. unde vir et ux. 38. 11: ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas vel sec. tab. peti b. p. potest [vgl. Ziff. 22. A. 53.]. *nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest;* fr. 33. de bon. libert. 38. 2. (Modest): Si patronus non aluerit libertum, *lex Aelia Sentia adimit* eius libertatis causa imposita tam ei quam ipsi [*Mommsen*: tam ipsi quam ei] ad quem ea res pertinet, item hereditatem ipsi et liberis eius nisi heres institutus sit, *et bonorum possessionem praeterquam secundum tabulas.* — Vgl. übrigens fr. 6. unde cogn. 38. 8: Cognatis [accusatio] nihil obest ad successionem, si accusaverint cognatos suos. — S. noch Ziff. 36. A. 47.

53) S. Bd. I. dieser Serie, S. 89. 90; S. 282—286; S. 305—307.

Digitized by Google

Magistrats bedarf, einem Erforderniß unterworfen, das der hereditas gänzlich abging. Dies Erforderniß war anfangs sehr materiell gemeint. Die magistratische Verleihung war im Gegensatz zur hereditas ein eigenes prätorisches Beneficium, welches (mogte der Magistrat es nach eigener Sachuntersuchung ertheilen, oder mogte er unter de plano-Ertheilung die Prüfung des Bestehens ihrer Voraussetzungen dem iudex überlassen) besondere Vortheile und Rechtsmittel gewährte. Aber je mehr in der classischen Juristenzeit sich das durchbildete, was im Bisherigen zur Darstellung gekommen ist, je mehr sich damit die Anschauung fixirte, daß hereditas und b. p., wenn auch unter sich noch wesentlich geschieden, doch nach Außen ein einheitliches Ganzes der eigentlichen Erbsuccession[54]) ausmache, desto mehr mußte sich auch die Auffassung umwerfen, daß die b. p. als besonderes beneficium (wenn man auch den Ausdruck noch vielfach gebrauchte) der hereditas gegenüberstehe. Die Fälle, wo man durch b. p. definitiv das Vermögen behält (cum re), gewannen allmälig den Schwerpunkt nach einer anderen Seite hin. Man stellte sie als gleichartigen Begriffes zu denen, wo der heres dauernd das Vermögen erhält. Damit schob man unwillkürlich die b. p. sine re, die ja an sich auch mit unter dem Begriffe jenes Beneficiums stand, als mehr gleichartig zur gewöhnlichen possessio hereditatis herüber. Man faßte beide zusammen unter dem Gesichtspunkte des factischen Innehabens der Erbschaft, welches, wenn auch für den b. possessor sine re und den gewöhnlichen possessor hereditatis in der

54) Valer. Prob. 6. (Huschke Jurispr. Antei. p. 75.) H. B. V. P. = heres bonorumve possessor.

Digitized by Google

juriſtiſchen Stellung noch weſentlich verſchieden, doch in beiden Fällen nur einen vorübergehenden, und gegenüber dem auf die Erbfolge definitiv Berechtigten (ſei er heres, ſei er b. possessor) unberechtigten Zuſtand enthielt.

Auf dieſem Standpunkte ſtehen die vielen oben Ziff. 20. A. 33. zuſammengeſtellten Ausſprüche der Juriſten, wonach hereditatem adire und bonorum possessionem petere zuſammen die Antretungshandlung des nach dem vereinigten Erbſyſtem der hereditas und b. p. (Ziff. 21.) im concreten Fall Nächſtberechtigten bedeutet. Iſt dieſer Nächſtberechtigte ein heres, ſo muß er hereditatem adire (geſchehe dies nun in der ſolennen Weiſe der cretio, oder durch formloſen Willensact); iſt er ein in prätoriſcher Klaſſe Gerufener, ſo hat er in beſtimmter Friſt ſich beim Magiſtrat zu melden. Danach tritt die datio als etwas Selbſtverſtändliches zurück, und als das eigentlich Weſentliche erſcheint die in richtiger Friſt vor dem Magiſtrat abgegebene Willenserklärung. Während für die hereditas die Antretungshandlung zur Formloſigkeit hindrängt [55]), ſo erſcheint das für den prätoriſch Be-

55) Ueber die verſchiedenen Geſtaltungen der civilen Erbantretung: die (wahrſcheinlich urſprünglich allgemein reguläre) cretio, die pro herede gestio und die als Unterart der letzteren in der claſſiſchen Zeit allmälig hervortretende nuda voluntas suscipiendae hereditatis ſ. meine Bon. Poss. II. 2. S. 76. 77. S. 119—124. — Flach, la bon. poss. sous les emper. rom. (1870.) p. 63. 64. nimmt in nicht zu billigender Weiſe an, daß von jeher die pro herede gestio die ordinäre Erbantretung geweſen ſei, und daß die cretio ſich (freilich in ſehr alter Zeit) in der teſtamentariſchen Succeſſion ge-

Digitized by Google

rufenen nöthige sich-vor-dem-Magistrat-Erklären als eine eigenthümliche ihm aufgelegte Form der Antretung [56]).

Unter welchen genaueren Regeln diese vor dem Magistrat in bestimmter Frist vorgenommene Agnitionshandlung mit nachfolgender datio [über die wohl der Agnoscirende ein kurzes schriftliches Attest erhielt [57])] in der classischen Juristenzeit steht, ist jetzt darzustellen.

1) Die Erlangung der b. p. steht, wie die der

bildet habe. — Die pro herede gestio und die einfache Willenserklärung hat man allerdings in einzelnen Fällen schon von früh an als eine wirksame Rechtshandlung kennen müssen: a) als Besitznahmeact, durch den man [als *heres* (denn s. Bd. I. dieser Serie S. 200. 201. 224. A. 24.), wie als nicht-heres], in Folge der pro her. us. in ihrer älteren Gestalt, nach Ablauf des Jahres im Erbrecht, soweit die Besitznahme der Güter reicht, gesichert war. b) als Erklärung des ungerecht belangten und im Proceß auf Grund seines nächsten Erbrechts siegenden Beklagten in der legis actio: „ego hanc hereditatem meam esse aio", so wie natürlich als gleiche Erklärung des mit Recht siegenden Klägers. Im Uebrigen ist es ganz gegen den Charakter des alten Rechts, das bloße factische Immisciren oder eine bloße Willenserklärung, namentlich hier wo ein einseitiges Handeln in Frage steht, schon als mit definitiver Rechtswirkung bekleidet anzusehen.

56) Vgl. noch Bd. I. dieser Serie S. 89. A. 82.

57) Valer. Prob. 6. (Huschke Jurispr. Antei. p. 75.): (B.) P. D. E. = bonorum, possessio data est. Meine Bon. Poss. II. 2. S. 118. A. 1. Daß eine sacramentale Erklärung des Erbittenden nöthig gewesen wäre, wie Flach a. a. O. p. 61. vermuthet, ist durch nichts motivirt.

Digitized by Google

hereditas, unter dem Satze, daß sie, wofern sie nach regelmäßigen Grundsätzen erfolgt, vom Willen des Berufenen selbst ausgehen muß. Besteht in Betreff seiner Willensfähigkeit ein Hinderniß, so kann die Erlangung der Erbfolge nur auf Grund besonderer singulärer Rechtssatzungen möglich sein. Wie in dieser Hinsicht für Personen jugendlichen Alters, Wahnsinnige, juristische Personen u. s. w. sich das Recht der Erwerbung der b. p. gestaltet hat, ist hier auszuscheiden, und in einer alle unter diesen Gesichtspunkt fallenden Fragen vereinigenden Darstellung im §. 1604, im Titel 37. 3. de b. p. furioso infanti etc., zu entwickeln. Es bleibt hier also rücksichtlich der Vornahme der Agnitionshandlung nur die Frage, wie sie vom Berufenen selbst, bezüglich von einem auf dessen Willen sich stützenden Stellvertreter vorgenommen werden kann. Die b. p. läßt eine derartige Stellvertretung durchaus zu; fr. 3. §. 7. h. t.: acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semel ipsum vel per alium.

a) Wenn der Berufene selbst (unter den oben Ziff. 26. angegebenen Voraussetzungen) die b. p. agnoscirt, so liegt darin immer ein auch für die aus gleichem Grunde deferirte hereditas herüberwirkender Willensact. Also, wie die Römer es ausdrücken: in der bonorum possessionis agnitio ist auch zugleich eine pro herede gestio enthalten [58]). Ist dagegen

58) L. 12. C. de iure del. 6. 30. (Diocl. et Max. 294—305.): Puberem agnoscentem bonorum possessionem, *postquam ei fuit hereditas delata*, pro herede gerere non ambigitur. Auf das Mühlenbruch'sche (XLII. S. 448.) Mißverständniß, wonach der Stelle die Worte untergeschoben werden: pro herede gerere non *videtur*, werde ich später noch zurückkommen.

Digitized by Google

die b. p. aus einem anderen Grunde, als die hereditas deferirt war, erbeten worden, so kann ihre Agnition nicht als pro herede gestio interpretirt werden. So entscheidet, und zwar ganz mit Recht, eine in die Digesten aufgenommene Stelle, die uns zugleich meldet, daß über diese Frage unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit bestanden hatte. Ein Vater hatte seinen emancipirten Sohn zum alleinigen Erben eingesetzt, und ihm einen Sklaven (unter Freilassung desselben) substituirt. Der Sohn agnoscirte auf Grund der Behauptung, daß das Testament des Vaters wegen dessen Wahnsinns nichtig sei, die b. p. unde liberi und gelangte damit auch in den Besitz der Erbschaft. Der substituirte und freigelassene Sklav stellte darauf gegen ihn die hereditatis petitio an, und bewies im Proceß, daß der Vater das Testament bei vollem Verstande gemacht habe. Damit behauptete der Kläger, da der der Sohn die testamentarische Erbschaft verschmäht habe, ex testamento frei und Erbe geworden zu sein. Labeo beurtheilte den Fall so, daß der Sohn in der Agnition der b. p. ab intestato, die sich auf die Annahme der Nichtigkeit des Testaments stütze, doch implicite eine pro herede gestio vorgenommen habe, also, da das Testament sich als gültig herausstelle, heres ex testamento geworden sei. Die späteren Juristen: Javolen, Proculus und Paulus behandelten aber den Fall strenger; sie fanden in der sich hinterdrein als unrichtig herausstellenden Sohnesbehauptung, daß der Vater wahnsinnig gewesen, eine omissio hereditatis ex testamento, so daß also der substituirte Sklav frei und Erbe geworden sei, und die b. p. unde liberi nicht als pro herede gestio des Sohnes interpretirt werden dürfe [59]).

59) Fr. 60. de acq. her. 29. 2. (Javol. l. I. ex post.

Digitized by Google

So wie die erbetene b. p. nur für diejenige pars edicti Bedeutung haben kann, in der sie erbeten worden ist (abgesehen von den oben Ziff. 24. 25. erörterten Fällen, in denen aus besonderen Gründen eine erbetene b. p. als aus einer anderen pars ertheilt fingirt wird), so gilt sie auch nur, wenn die Quote richtig, auf welche sie ausdrücklich erbeten worden ist. Fr. 75. de acq. her. (Marcell.): Ex semisse Titius heres scriptus est: *quadrantis bonorum possessionem per errorem petit*: quaero an nihil actum sit an vero perinde omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit. respondit magis *nihil actum esse*, quemadmodum cum ex semisse scriptus heres ex quadrante adiit hereditatem [60]).

33. — b) Man kann auch durch einen Anderen b. p. agnosciren lassen. Hat man ihm dazu speciellen

Labeon.): Filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tanquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus *cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit*, continuo ea ad substitutum heredem transit, *nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat.* Paulus [siehe hierüber die Mommsen'sche Note]: Et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Javoleni sententia est.

60) Vgl. Mühlenbruch XLII. S. 425. Köppen in Gerber und Ihering's Jahrb. V. S. 144. 145.

Digitized by Google

Auftrag ertheilt [61]), so wird die b. p. im Momente erworben, wo sie dem Beauftragten ertheilt worden ist, sobald nur bis zu diesem Momente der das Mandat nicht widerrufende Auftraggeber bei gesundem Verstande war, also durch das Unterlassen des ihm möglichen Widerrufs gezeigt hat, daß er mit der Vornahme der Agnition fortdauernd einverstanden war.

Man ist aber noch weitergegangen und hat auch die Ratihabition einer ohne Auftrag vorgenommenen Agnition zugelassen [62]). Dies steht aber doch, um mit höheren erbrechtlichen Principien nicht in Widerspruch zu gerathen, unter folgenden Beschränkungen. Der Erwerb alles Erbrechts ist etwas Höchstpersönliches. Die Agnition durch den Unbeauftragten kann daher den Eintritt der directen Universalsuccession noch nicht begründen, sie vermittelt nur die prätorische datio für den Fall, daß der Vertretene durch die Ratihabition innerhalb der ihm laufenden Frist die Erbfolge persönlich auf sich nimmt. Fr. 3. §. 7. h. t.: quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet cum ratum habuero id quod actum est. Fr.

61) Fr. 25. §. 7. de acq. her.: si mandavit, ut petat b. possessionem; fr. 48. eod. (Paul.): si quis alicui mandaverit, ut si aestimaverit peteret sibi b. possessionem, et postquam ille petit, furere coeperit, nihilominus adquisita est ei b. p.

62) Fr. 7. pr. h. t. (Ulp.): Servus b. possessionem recte admittere potest, si praetor de condicione eius certus sit: *nam et absenti et non petenti dari b. p. potest*, si hoc ipsum praetor non ignoret. ergo *et femina poterit alii b. possessionem petere*; fr. 65. pr. ad SC. Treb.: etiam ratihabitio subsequi potest exemplo bonorum possessionis.

Digitized by Google

24. pr. rat. rem. hab. 46. 8. (Afric.): Bonorum possessionem ab alio adgnitam ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit: itaque post centesimum diem rata haberi non potest.

Hierin liegt zunächst, daß wenn der Vertretene vor der Ratihabition stirbt, da nur in dieser Ratihabition die höchstpersönliche Uebernahme der directen Erbfolge gefunden werden kann, es keineswegs den Erben des Berufenen noch offen steht, die Ratihabition vorzunehmen [63]).

Ferner liegt darin, daß wenn der ohne Auftrag Vertretene wahnsinnig wird, ehe er die Ratihabition vornehmen konnte, die Agnition ebenso ungültig sein muß, wie wenn nach Ertheilung eines Auftrages zur Agnition der Auftraggeber vor der Agnitionshandlung des Beauftragten in Wahnsinn verfällt. Den letzteren dieser zwei Fälle bespricht das in A. 61. bereits zur Hälfte mitgetheilte fr. 48. de acq. her.: quod si antequam ille petat, is qui mandavit petendum furere coeperit, dicendum est non statim ei adquisitam bonorum possessionem: igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari. Von dem ersteren der beiden Fälle handelt das fr. 16. h. t., aber in einem unseren Principien direct widersprechenden Sinne. Derselbe Paulus soll hier sagen: quotiens is, cui bonorum possessio ab altero postulata est, furere coeperit, *magis probatum ratum eum videri ha-*

63) Fr. 7. rat. rem hab. (Paul.): Si is, cui ignoranti petita est b. p., decesserit, heres eius intra tempora petitionis ratam eam habere non potest; fr. 3. §. 7. h. t.; fr. 86. pr. de acq. her.

Digitized by Google

buisse: rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet. Es ist unmöglich, daß beide Fälle in entgegengesetzter Weise entschieden werden konnten. Zugleich zeigen die Endworte des fr. 16., wonach die Ratihabition zur Confirmation des früheren Postulatums nöthig (oder wirksam) sein soll, daß Paulus gerade eine gültige Ratihabition, wie sie der wahnsinnig Gewordene nicht abgeben kann, voraussetzt. Es kann also wohl kein Zweifel sein, daß, wie Mommsen vorschlägt, zu lesen ist: magis probatum ratum eum *non* videri habuisse [64]).

Ist es hiernach ein unumgängliches Erforderniß, daß der Berufene nicht durch Tod oder Wahnsinn an der Ratihabition der ohne Auftrag für ihn vorgenommenen Agnition gehindert werde, so ist von der anderen Seite keineswegs darin ein Hinderniß zu finden, daß der Agnoscirende zur Zeit der vom Berufenen vorgenommenen Ratihabition dem Tode oder Wahnsinn verfallen ist. Freilich, sagt African, könnte man daran Anstoß nehmen, daß die Uebernahme der directen Universalsuccession doch erst in der innerhalb der laufenden Frist vorgenommenen Ratihabition liegt, daß man also

64) Die Stelle ist danach nicht mit Marezoll Ztschr. f. C. u. Pr. II. (1829.) S. 82. als ein Beweis anzuführen, daß „es überhaupt im R. R. mit der nöthigen Ratihabition einer durch Andere vorgenommenen Agnition nicht immer ganz streng genommen wird." — Mommsen vermuthet übrigens noch einen weiteren [nicht nöthigen] Zusatz zu der Stelle: sed si praecessit mandatum et furere coepit postquam mandatarius petiit, ratihabitione opus non esse; welche Frage dann die Compilatoren mit der vorhergehenden verwirrt hätten.

Digitized by Google

im Allgemeinen Alles so zu beurtheilen hat, als wenn im Momente der Ratihabition die b. p. agnoscirt worden wäre. Aber, fährt African fort, dies Gegenargument würde zu weit führen; denn dann müßte man auch sagen, daß wenn den Agnoscirenden seine Agnition vor der Ratihabition reute, letztere unmöglich werde, was doch ein ganz unleidliches Resultat ergäbe [65]). Der tiefere Grund aber, daß weder späterer Tod noch Wahnsinn noch Reugefühl des Agnoscirenden in Betracht kommen kann, liegt im Wesen der prätorischen *datio*. Der Agnoscirende ist nur der Vermittler dessen, daß der Prätor dem Berufenen (unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß dieser rechtzeitig die Ratihabition erklärt) die b. p. giebt. Weil der Vermittler in seiner eigenen Qualität gar nicht in Betracht kommt, so daß, wenn nur der Prätor die datio auf den Berufenen stellt, auch Sklaven und Frauen die Vermittlerrolle übernehmen können (A. 62.), so darf, wenn die datio erfolgt ist, in der Person des Vermittlers ein Zustand späterer Willensunfähigkeit oder Willensänderung gar kein weiteres Hinderniß bereiten.

c) Eine eigenthümliche Frage ist, wie von Seiten einer zu Erben eingesetzten handlungsfähigen hausunter-

65) Fr. 24. §. 1. rat. rem. hab.: An autem si mortuus fuisset qui petisset vel furere coeperit, ratum haberi possit videamus: *nam si in universum perinde haberi debet ac si tunc, cum ratum habeat, per eum b. possessionem petat,* frustra his casibus ratum habetur. sed illud consequens futurum, etiam si paeniteat illum petisse, ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum. rectius itaque dicitur neutram [eorum] causam impedire ratihabitionem.

Digitized by Google

thänigen Person [66]) die Erbschaft in der Zeit der classischen Juristen erworben, insbesondere b. p. agnoscirt werden könne. Die Delation erfolgt hier an den Hausunterthänigen, aber der Erwerb (und darin auch die im Erbewerden liegenden Verpflichtungen) geht auf den Hausherrn. Deßhalb ist im Endeffecte der Hausherr der Successor [67]). In Betreff der civilen Erbantretung haben die Römer hier am Längsten die cretio als eine Nothwendigkeit festgehalten [68]). Aber diese cretio des Hausunterthänigen genügt allein nicht. Da die Erbschaft an den Hausherrn fällt, so bedarf es auch noch seines Willens. Er muß dem Hausunterthänigen den iussus zur Erbantretung geben, und zwar muß dieser

66) In dieser Weise beschränke ich hier die Frage. Die Darstellung der weiteren Regeln über den Erbschaftserwerb der Hausunterthänigen folgt später im Titel 37. 3. (§. 1604).

67) Danach wird in den Quellen, da wo es sich um Aufzählung der Universalsuccessoren handelt, neben den eigentlichen successores oder den heredes bonorumve possessores mehrfach noch besonders der *pater aut dominus* namhaft gemacht. fr. 9. §. 1. de edendo 2. 13; fr. 41. (40.) §. 1. ad SC. Trebell. 36. 1. — s. ferner über diese Frage fr. 30. §. 7. de acq. her. 29. 2; Paul. sent. V. 12. §. 3; fr. 8. pr. de inoff. test. 5. 2; fr. 2. §. 9. de b. p. sec. tab. 38. 11; fr. 10. eod.; fr. 13. §. 15. de b. p. c. t. 38. 4; fr. 8. §. 11. in fin. eod.; fr. 21. si quis om. causa 29. 4; fr. 3. §. 2. de legat. praest. 37. 5; Gai. II. 189. 190.

68) v. Löhr Mag. III. S. 141. Mühlenbruch XLII. S. 398; 404. A.; S. 431. A. 63; S. 443. Meine Bon. Poss. II. 2. S. 123 ff.

Digitized by Google

iussus der hereditatis aditio vorausgegangen sein[69]). Die b. p. steht der hereditas darin gleich, daß auch zu ihr des Hausherrn Wille nöthig ist. Also: per servum delatam bonorum possessionem dominus repudiare potest (fr. 1. §. 3. de succ. ed. 38. 9). Ebenso ist auch für die Gültigkeit der Agnition der positive Wille des pater dominusve erforderlich, aber in dieser Hinsicht ist die b. possessionis agnitio freier als die her. aditio. Sie läßt[70]) ebenso wie bei der unter Nr. b. dargestellten Stellvertretung zu, daß der vom instituirten Hausunterthänigen vorgenommenen Agnition die väterliche Ratihabition erst nachfolge. Fr. 67. (65.) pr. ad SC. Trebell.: nec quia *hereditatis adquisitionis* similis est haec restitutio, *iussum praecedere oportet*, sed ut dictum est, etiam ratihabitio subsequi poterit exemplo bonorum possessionis. Fr. 6. §. 1. de acq. her.: sed in bonorum possessione placuit ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem adgnovit is qui potestati subiectus est.

Auch hier wie unter Nr. b. muß aber die Ratihabition des Hausherrn innerhalb der Agnitionsfrist erfolgen[71]); auch hier gilt der Satz: daß die b. p. aus der

69) Fr. 25. §. 4. de acq. her. 29. 2.

70) Natürlich kann auch bei ihr der iussus vorausgehen fr. 5. pr. quis ordo 14. 15: ut vel iubeat adgnosci bonorum possessionem.

71) L. 1. C. qui admitti. 6. 9. (Sever. et Anton.): Bonorum possessio filiofamilias delata, cum ignorante quoque patre possit peti, emolumentum etiam patri allatura si ratam petitionem pater habuerit, amittitur transacto tempore; vgl. noch oben Ziff. 26. A. 100.

Digitized by Google

erfolgten Agnition nicht eher als juriſtiſch erworben gilt, als die Genehmhaltung erfolgt iſt[72]). —

Ein einzelner ſich an die hier beſprochene Frage anknüpfender Punkt hat das eigenthümliche Schickſal gehabt, unter einer viel allgemeiner lautenden Ueberſchrift zum Stoffe eines eigenen, dem Geſammtgebiete der b. p. angehörigen Digeſtentitels ausgewählt zu werden[73]). Der pater dominusve eines inſtituirten Hausunterthänigen iſt nach claſſiſchem Rechte derjenige, an welchen das Vermögen durch die mit ſeinem Willen vorgenommene hereditatis aditio (cretio) oder b. possessionis agnitio gelangen wird. Nun beſtimmte eine constitutio Hadrians, daß demjenigen „qui, dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, *prohibuit* testamentarium introire volente eo *facere testamentum vel mutare*“, ſeine erbrechtlichen Klagen denegirt werden ſollen, und der Fiscus an ſeine Stelle zu treten hat[74]). Natürlich trifft dies auch den pater dominusve, der den Erblaſſer ein Teſtament zu ändern dolos verhindert hat, in welchem ſein Hausunterthäniger eingeſetzt worden war. Aber man iſt weiter gegangen. Man hat, auch wenn der Hausherr, der die doloſe Prohibition ausgeübt hatte, ſeinen Hausunterthänigen manumittirte bez. emancipirte, dem nun ſelbſtändig gewordenen Hausunterthänigen, der die hereditatis aditio vornahm, die actiones denegirt. Fr. 1. §. 1. si quis al.

72) Fr. 5. §. 1. quis ordo . . . . b. possessionem, quae si petita esset, tamen non ante adquireretur, quam pater comprobasset.

73) Tit. Dig. 38. 13. quibus non competit bonorum possessio.

74) Fr. 1. pr. si quis aliquem testari prohibuerit. 29. 6.

Digitized by Google

test. proh. (Ulp. l. 48. ad. ed.): Si dominus dolo fecerit, ne testamentum mutaretur, in quo servus eius scriptus erat, quamvis manumissus adierit hereditatem, actiones ei denegantur, cum et liberis eius si quid fuerit datum, denegari debeat, etsi non fuerint in potestate.

Ganz dieſen ſelben Satz, den hier Ulpian in Betreff der her. aditio vorträgt, finden wir von Julian aus deſſen 28. Buch der Digeſten [in der Umgebung erbrechtlicher und insbeſondere auch der b. p. angehöriger Lehren[75])] in dem fr. un. quib. non comp. b. p. folgendermaßen ausgeſprochen: Servo meo herede instituto dolo feci ne testamentum mutaretur, eumque postea manumisi: quaesitum est, an actiones ei denegandae essent. respondi: hic casus *verbis edicti* non continetur. sed aequum est, si dominus dolo fecerit, ne testamentum mutaretur, quo servus eius heres scriptus erat, quamvis manumissus *adierit hereditatem*, ei denegari, cum etiam emancipato filio denegetur [denegentur], si pater dolo fecerit ne testamentum mutaretur. Julian ſpricht hier nicht von der b. possessionis agnitio des ſelbſtändig gewordenen Sklaven oder Hauskindes, ſondern, wie Ulpian, von der hereditatis aditio und der Denegation der aus ihr hervorgehenden Klagen. Andererſeits aber ſagt er, daß hierüber „verba edicti“ nicht vorliegen, was doch zunächſt auf eine Beſtimmung des prätoriſchen Rechts gedeutet werden wird. Freilich iſt es einigermaßen befremdend, daß über dieſe Denegation der aus der her. aditio hervorgehenden actiones noch

75) Aus Julians 28. Buch iſt auch noch fr. 4. quis ordo in poss. 38. 15. entnommen.

Digitized by Google

ein besonderer Edictspassus geredet haben sollte, und man mögte versucht sein, da der ganze Rechtssatz auf einer „constitutio“ Hadrians beruht, unter den verba edicti dies Edict Hadrian's zu verstehen. Jedenfalls hat indeß in Justinian's Händen, indem er Julian's Fragment unter den Titel: quibus non competit *bonorum possessio* bringt, die Stelle die Bedeutung, daß dem Betreffenden auch keine b. p. zustehen soll, oder genauer: daß, wenngleich er zunächst de plano die b. p. agnoscirt haben mag, doch, wenn es nachher zur Anstellung der daraus hervorgehenden Klagen kommt, diese Klagen ihm bei gegnerischerseits gemachter Darlegung des Sachverhaltes einfach denegirt werden, also die b. p. als non data intelligitur.

34. — 2) Ich bemerkte im Anfange von Ziff. 32., daß im Agnitionsact der b. p. das Moment der prätorischen datio, als etwas zwar Wesentliches aber Selbstverständliches, zur Zeit der classischen Juristen mehr zurücktritt, und das Moment der in ihr liegenden Willenserklärung über den (wofern man überhaupt Nächstberufener ist) definitiven Erbschaftserwerb in den Vordergrund tritt. Ich führe als Abschluß des Bisherigen und Herüberleitung zum Folgenden für diesen Satz noch eine besonders charakteristische Ausführung Ulpian's an. Fr. 25. §. 7. de acq. her. 29. 2.: Sed quid si mandavit, ut hereditatem colligat, an videtur mandasse ut adeat? *quid si ut petat bonorum possessionem?* aut ut rem hereditariam distrahat? aut quid *si petitam bonorum possessionem ratam habuit*, mox filius adeat hereditatem? vel quid si pro herede gerere mandavit, filius adeat hereditatem? *an iussu videatur adisse dubitari potest.*

Digitized by Google

immo verius est ex his omnibus additionem esse introducendam. Ulpian spricht hier, wie in dem vorhergehenden Paragraphen, von dem dem instituirten Hausunterthänigen vom Hausherrn für die cretio (s. A. 68.) zu gebenden iussus. Beauftragt der Vater seinen Sohn, die Erbschaft zu „colligiren" [vgl. Ziff. 33. A. 61.: „si aestimaverit"], Erbschaftssachen zu veräußern, oder beauftragt er ihn ganz allgemein zur pro herede gestio, so hat er ihm seinen Antretungswillen deutlich kundgegeben. Mit diesen drei Punkten betrachtet Ulpian nach der Fragestellung als ganz gleichartig die zwei anderen, wenn der Vater den Hausſohn beauftragt b. p. zu agnosciren oder wenn er die vom Hausſohn agnoscirte ratihabirt. Daß innerlich alle fünf Punkte ganz denselben materiellen Antretungswillen enthalten, darüber hat Ulpian nicht das geringste Bedenken. Ihm ist nur zweifelhaft, ob dieser materielle Antretungswille als genügender iussus für die vom Sohn vorgenommene formelle cretio [von der jedenfalls Ulpian hier redet, mag er das Wort adire gebraucht haben oder mag, was wahrscheinlicher ist, dies Wort von den Compilatoren an die Stelle des cernere gesetzt sein [76])] angesehen werden dürfe. Aber Ulpian bejaht auch dies. Man sieht also, wie der einheitliche Begriff, der sich durch pro herede gestio, bonorum possessionis agnitio und cretio hindurchzieht, schon vollständig zur Anerkennung gelangt ist. —

a) Dieser einheitliche Begriff tritt auch deutlich in der Behandlung seines Gegensatzes, der Repudiation, und der mit dem Civilrecht ganz gleichartigen Anwendung des Repudiationsbegriffes auf die b. p. hervor.

76) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 124. A. 13.

Digitized by Google

Wollte man nämlich bei letzterer ein besonderes Gewicht auf die datio legen, so würde man sehr leicht zu der Argumentation haben kommen können, daß, wie erst durch die datio der Erwerb der b. p. wirklich perfect wird, so der Verlust des Anspruches auf sie die Unmöglichkeit der Gewährung der datio, also den Ablauf der gebotenen Frist, involviren müsse. Dann würde man zu dem Resultate kommen, daß die einseitige Privaterklärung der Repudiation immerhin schon als Willensäußerung von factischer Bedeutung sei (so gut wie umgekehrt die Privaterklärung, man wolle b. p. agnosciren); daß man aber diese Erklärung während laufender Frist noch immer sich gereuen lassen und durch einseitigen Widerruf wieder aufheben könne. Von dieser Auffassung findet sich aber in der classischen Jurisprudenz nur eine einzige Anwendung. Es wird dabei, offenbar zur Begünstigung eines besonderen Falles, die aus der b. p. hergenommene Argumentation nur dazu verwendet, um für die auf civilrechtlichem Gebiet parallele Frage, für die man überdies einen selbständigen gesetzlichen Anhalt hatte, noch eine weitere Stütze zu gewinnen. Fr. 6. §. 1. ad SC. Tert. et Orph. 38. 17. (Paul.): Filius, qui se nolle adire hereditatem dixit, an potest *mutata voluntate adire*, antequam consanguineus vel adgnatus adierit, videndum propter haec verba „si nemo filiorum volet hereditatem suscipere“, quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, *paenitentiae eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.* Eine weitergehende Bedeutung hat aber dies Reurecht (das ohnehin davon abhängig war, daß nicht schon der Nächstfolgende inzwischen die Erbschaft angetreten hatte) nie gehabt.

Digitized by Google

Hievon abgesehen, steht die b. p. ganz unter denselben allgemeinen Regeln der Repudiation wie die hereditas. Also: α) man kann von einer einmal erworbenen b. p. nicht wieder zurücktreten; sera repudiatio est, quia quod adquisitum est repudiari non potest [77]). β) Wie die Antretung des Erbrechts an sich von Berufenen selbst ausgehen muß, so auch die Ausschlagung: unus quisque suam bonorum possessionem repudiare potest, alienam non potest [78]). Also ein Tutor oder Curator kann [abgesehen von besonderen positivrechtlichen Ausnahmen — s. darüber später Tit. 3.; §. 1604.] nicht repudiiren, aber ein Pupill tutore auctore kann es [79]). Andererseits, wenn ein Hausunterthäniger eingesetzt ist, so steht nach dem Rechte der classischen Zeit, da die Wirkungen des Antritts auf den dominus herübergehen, diesem das Repudiationsrecht zu: per servum delatam bonorum possessionem dominus repudiare potest [80]). γ) Gleich mit dem Momente der Repudiation ist der Anspruch auf die betreffende b. p. definitiv untergegangen und es tritt rücksichtlich des Ausgeschlagenen nach den gewöhnlichen Regeln entweder Accrescenzrecht bez. das Substitutionsrecht des coheres [81]), oder weitere Delation an

77) Fr. 1. §. 7. de succ. ed. 38. 9.

78) Fr. 1. §. 1. de succ. ed.; fr. 1. §. 2. eod.: proinde procurator meus sine mea voluntate meam bonorum possessionem repudiare non potest.

79) Fr. 1. §. 4. 5. de succ. ed.

80) Fr. 1. §. 3. de succ. ed.

81) Fr. 4. pr. quis ordo 38. 15. (Jul.).: Si coheredi tuo substitutus fuisses et bonorum possessionem acceperis, *quandoque coheres tuus constituerit nolle petere b. possessionem*, tibi data tota intelligitur, co-

Digitized by Google

den Nachſtehenden ein. Fr. 1. §. 6. de succ. ed.: Qui semel noluit bonorum possessionem petere, *perdidit ius eius etsi tempora largiantur:* ubi enim noluit, iam coepit ad alios pertinere b. p. [82]). δ) Die Repudiation iſt eine ganz formloſe Willenshandlung, ſie kann alſo auch, ebenſo wie bei der hereditas [83]), rückſichtlich der b. p. in der Vornahme einer anderen Handlung implicite enthalten ſein. So iſt oben Ziff. 6. bei A. 34. ſchon vorgekommen, daß die Vorſchützung einer exc. doli gegenüber der Klage des scriptus heres als eine Repudiation der c. t. b. p. erſcheinen kann. Uebrigens iſt die Repudiation immer nur innerhalb der laufenden Friſt von Wichtigkeit. Denn wenn der Berufene dieſe unbenutzt hat verſtreichen laſſen [was im engeren Sinn die Römer *omittere* b. possessionem [84]) nennen], ſo iſt ſchon ohnehin auch abgeſehen von der Repudiation der Anſpruch auf die b. p. eben ſo gut wie bei ſeinem früheren Tode oder beim Verluſt der Erbfähigkeit untergegangen [85]).

heres tuus amplius petendae b. possessionis facultatem non habebit; Bd. I. dieſ. Ser. S. 308.

82) Fr. 1. §. 3. si tab. test. null. 38. 6.

83) Paul. sent. IV. 4. §. 1: Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis.

84) Z. B. fr. 6. §. 9. si quis om. caus. 29. 4; fr. 2. de exc. rei iud. 44. 2; fr. 24. §. 2. de minorib. 4. 4: si quis . . *omiserit* vel *repudiaverit* hereditatem vel b. possessionem.

85) Fr. 2. pr. de b. p. sec. tab. 37. 11: quod si tempus fuerit finitum aut ante decesserint vel repudiaverint vel ius petendae b. possessionis amiserint, tunc revertetur b. p. ad scriptos; fr. 1. §. 11. de

Digitized by Google

35. — b) Die Agnition der b. p. steht auch darin mit der civilen Erbantretung auf gleicher Linie, daß die Frage von der Zulassung einer *in integrum restitutio* [86]) gegenüber der regelmäßigen Sachlage in Betreff des Erwerbs oder Nichterwerbs der Erbschaft im Allgemeinen bei beiden nach gleichen Grundsätzen erfolgt. Hier ist aber allerdings in dem Gebiete der b. p. noch ein Novum hinzugekommen, welches eine dauernde Erweiterung des Rechts, auch unseres heutigen, zur Folge gehabt hat. — Die Anwendungsfälle, in denen die in integrum restitutio bei der b. p. überhaupt vorkommt, sind folgende:

α) Nur einer kurzen Erwähnung bedarf hier die oben bereits hervorgehobene Restitution des Creditor gegen den scriptus heres bei omittirter c. t. b. p. [87]).

β) Es kann gegen eine ertheilte b. p., (so gut wie gegen eine vorgenommene her. aditio) die i. i. r. ertheilt werden, in Folge dessen dann der Nächststehende gerufen wird [88]), wogegen, wenn der Restituirte noch wiederum gegen seine Abstention restituirt werden kann, der Nächststehende von Neuem zurücktreten muß [89]).

succ. ed. 38. 9: exclusus est tempore aut repudiatione.

86) Ich halte es für nöthig, diese Lehre (Ziff. 35.) sowie die unter Nr. 3 folgende (Ziff. 36—43.) hier einer sorgfältigen Untersuchung zu unterziehen, da diese schwierigen Fragen zu den hervorragendsten gehören, die aus dem Gesammtsystem der b. p. in das heutige Recht hineinragen, und einer quellenmäßigen Durcharbeitung noch sehr bedürfen.

87) Fr. 2. de exc. rei iud. 44. 2; fr. 15. de o. et a. 44. 7; s. oben Ziff. 6.

88) Mühlenbruch XLII. S. 372—376.

89) Fr. 2. §. 10. ad SC. Tert. 38. 17: Si bonorum pos-

Digitized by Google

Wie sich zu dem Satze, daß nach einer durch i. i. r. erfolgten Abstention der Nächststehende gerufen wird, das vielbesprochene fr. 2. de succ. ed. verhalte, wird erst an einem späteren Orte gegenüber der von Mühlenbruch a. a. O. gegebenen Darstellung einer erneuten Prüfung unterzogen werden können.

y) Auch gegen Nichterwerb der deferirten b. p. kann ebenso wie gegen eine omittirte oder repudiirte hereditas i. i. r. gegeben werden. Dies setzt aber voraus, daß durch den Nachberufenen nicht bereits die Erbschaftsangelegenheit erledigt ist, die Erbschaftssachen verkauft sind, so daß eine Rückgängigmachung nicht oder nur sehr schwer durchführbar sein würde. Fr. 24. §. 2. de minor. 4. 4: Scaevola noster aiebat, si quis iuvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, *si quidem omnia in integro sint*, omnimodo audiendus est: si vero iam distracta hereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est. Ist übrigens die i. int. rest. in der That ertheilt worden, so treten alle Consequenzen der dadurch gewährten b. p. (also z. B. auch bei der c. t. b. p. die Collation) ein [90]). Ferner zieht sich auch die

sessione accepta filius emancipatus abstinuerit se hereditate per in integrum restitutionem, verum est senatus consultum posse locum habere: sed si fuerit rursus immixtus, rursus debet mater abstinere.

90) Fr. 1. §. 2. de coll. bon. (Ulp.): Plane si minorem vel alium, quem restituere in integrum solet praetor, restituerit ad b. possessionem c. t. petendam quam omiserat, *utique etiam collationis commodum ei restituit.*

Digitized by Google

Möglichkeit der Restitution durch den die b. p. sec. tab. versäumenden Eingesetzten, der mit einem Universalfideicommiß belastet ist, auf den Universalfideicommissar, wenn dieser in entschuldbarer Weise verhindert worden, war, rechtzeitig den Zwang zum Erbschaftserwerbe (d. h. hier zur Agnition der b. p.) auszuüben, herüber. Fr. 65. (63.) §. 14. ad SC. Trebell. 36. 1. (Gai.): Si quis bonorum possessoris fidei commiserit [91]) de hereditate restituenda et is passus fuerit diem bonorum possessionis adgnoscendae transire aut per hoc tempus quo is [Mommsen: et per hoc tempus is?], cui restitui debebit hereditas, aliqua ex causa non potuit adire praetorem et postulare, ut petita bonorum possessione restituatur sibi hereditas, succurri ei debet, *id est ut restituatur tempus bonorum possessionis admittendae* exhibendi fideicommissi gratia.

δ) Hat ein Berufener wegen Nichterwerbs der b. p. einen Restitutionsgrund zur Seite, so ist es nicht nöthig, daß er selbst noch bei seinen Lebzeiten die i. i. r. geltend gemacht habe, denn das Recht auf i. i. r. ist vererblich [92]). Nur freilich steht dies von vorn herein unter der Beschränkung, daß leicht, wenn der Erbe des Berufenen mit dem Restitutionsanspruch auftritt, die Verhältnisse sich factisch schon geändert haben, und deßhalb dem Anspruch Hindernisse bereiten können. Da-

91) Daß der Erblasser in dieser Weise dem bonorum possessor (nicht dem heres) ein Fideicommiß aufgelegt hat, wird sich daraus erklären, daß der Erblasser von vorn herein nur ein s. g. prätorisches (non iure factum) Testament errichten wollte.

92) Fr. 6. de i. i. r. 4. 1; fr. 18. §. 5. de minorib. 4. 4.

Digitized by Google

nach setzt das vorher mitgetheilte fr. 24. §. 2. de minorib., indem es die Voraussetzung stellt, daß die Erbschaft noch nicht vom Nachberufenen veräußert sein dürfe, die Worte hinzu: multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse [93]).

Der Uebergang des in der Person des Berufenen wegen Nichterwerbs der b. p. (bez. der hereditas) schon juristisch begründeten Restitutionsanspruches auf seine Erben [94]) kommt in den Quellen in folgender Anwendung vor.

L. 1. C. de rest. mil. 2. 51. (Sever. et Ant. 197.): Si Valerianus, centurio cohortis duodecimae Alpinorum, *ante vita decessit*, *quam bonorum possessionem acciperet*, heres eius *ex persona defuncti* restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus *post exactos dies quibus bonorum possessio defertur*, in militia defunctus est.

93) Man sieht aus dieser Stelle, daß die Bemerkung von Sintenis nicht richtig ist (Civilrecht III. S. 655. A. 5.): „Soll nun für die Delaten selbst schon Restitution nothwendig gewesen sein, so muß der Begriff der Versäumniß wider ihn eingetreten sein, also eine Frist gelaufen haben." Ein Minderjähriger hat iuvenili levitate ductus die hereditas oder die b. p. omittirt oder repudiirt; dann ist die i. i. r. ihm nata, die aber sein Erbe (unter der im Text angegebenen Beschränkung) noch geltend machen kann. Ebenso würde auch folgender Fall stehen: ein Berufener wird durch Zwang zur Repudiation veranlaßt, stirbt aber gleich darauf. Hier war ihm durch die zwangsweise Repudiation die i. i. r. nata, die nun sein Erbe geltend machen kann.

94) Vgl. Marezoll in der Zeitschr. f. C. u. Pr. II. (1829.) S. 62 ff. Mühlenbruch XLIII. S. 157 ff.

Digitized by Google

Hier ist die Voraussetzung, daß der Berufene selbst bereits den Anspruch auf b. p. verloren hatte, indem bei seinen Lebzeiten die Frist derselben abgelaufen war. Der Erbe macht also die i. i. r., die schon in der Person des Verstorbenen nata war (ex persona defuncti), geltend. Dies ist einfache Consequenz des Satzes, daß das Recht auf i. i. r. auf den successor des Berufenen übergeht.

Schon eine kleine Abweichung, die deßhalb noch durch ein besonderes Kaiserrescript gestützt wird, enthält das

fr. 30. pr. de acq. her. (Ulp.): Cum quidam legationis causa absens filium heredem institum non potuisset iubere adire in provincia agentem, divus Pius rescripsit consulibus [Mommsen: proconsulem?] subvenire ei oportere mortuo filio, eo quod reipublicae causa aberat.

Dem instituirten Hausunterthänigen, der auf den iussus des Hausherrn die Antretungshandlung vorzunehmen hat, ist an sich die hereditas wie die b. p. deferirt („bonorum possessio filiofamilias delata", Ziff. 33. A. 71.). Aber da in der classischen Zeit der ganze Effect der Erbfolge auf den Hausherrn fiel, so konnte man auch wieder sagen, daß sie ihm durch den Hausunterthänigen deferirt sei (per servum delatam bonorum possessionem" Ziff. 34. A. 80.). Wenn nun auch der Hausunterthänige nach iussus des paterfamilias an sich die Antretungshandlung (cretio, b. possessionis agnitio) zu effectuiren hat, so kann doch auch gleich Letzterer selbst, wenn er gegen die Antretung ist, die Repudiation vornehmen (A. 80). Im Grunde kann man also auch umgekehrt seinen iussus zur Antretung als den wenigstens materiellen Antretungswillen

Digitized by Google

ansehen. Auf dieser Anschauung beruht es, daß unsere Stelle den reipublicae causa abwesenden Vater, der dadurch verhindert war, dem instituirten Sohne den iussus zur cretio zukommen zu lassen, nach dem inzwischen erfolgten Tode des Sohnes (so daß von dessen Seite die eigentliche formelle Erbantretung nicht mehr möglich ist) nun selbst zur i. i. r. in Betreff der Antretungshandlung zuläßt. Es ist das gewissermaßen ein halbes Transmissionsrecht: vom eigentlich Berufenen an den, der zunächst nur den materiellen Antretungswillen abzugeben hat, nun aber durch diese *„transmissio ex capite in integrum restitutionis“* zur Vornahme der Antretungshandlung selbst gelangt. Es kann kein Bedenken haben, daß hiernach, insbesondere auch dann, wenn wir uns den Sohn in einem s. g. prätorischen (non iure factum) Testamente instituirt denken [bei dem es sich in der Zeit der classischen Jurisprudenz nicht um hereditatis aditio, sondern nur um sec. tab. b. possessionis agnitio handeln konnte[95])], dem Vater auch eine i. i. r. auf Agnition der b. p. gegeben sein wird, wenn er durch die reipublicae causa absentia verhindert worden war, dem Sohn den iussus zur Agnition der b. p. zu ertheilen (Ziff. 33. A. 70.).

Das römische Recht ist aber, wie das bekannte fr. 86. pr. de acq. her. 29. 2. (von Papinian) uns mittheilt, noch weiter gegangen. Pannonius Avitus cum in Cilicia procuraret heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. quia *bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Avili ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implo-*

95) Gai. II. 147. 148. Vgl. auch A. 91.

Digitized by Google

rabant, quae stricto iure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Marcianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem [Mommsen ins: absente patre admittere non potuerat], absens [96]) amiserat, *sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere.* quod et hic humanitatis gratia optinendum est. Der berufene eingesetzte Erbe hatte in Folge seiner Abwesenheit nicht erfahren, daß er zum Erben instituirt worden sei. Hier läuft die Frist der b. p., welche das scire des Berufenen voraussetzt (Ziff. 26.), schon ohnehin nicht. Es bedarf daher zu seiner Entschuldigung nicht erst noch der Berufung auf reipublicae causa absentia. Nun aber stirbt der Avitus, ohne von seiner Institution Kenntniß zu erhalten. Ihm haben also die centum dies der b. p. nie cedirt, innerhalb deren er die einstweilen von seinem Procurator zu Haus agnoscirte b. p. sec. tab. zu ratihabiren gehabt hätte (Ziff. 33.). Ebenso würde die Sachlage sein, wenn er sein Eingesetztsein erfahren hätte, nun aber noch innerhalb der 100 Tage ohne die Ratihabition verstorben wäre. In beiden Fällen ist er vor Ablauf der Frist der b. p. [intra diem aditionis [97])] gestorben.

96) Ueber die Lesung dieser dem Sinne nach nicht bedenklichen aber in den Worten verderbten Stelle sind sehr viele Vermuthungen aufgestellt worden. Eine Zusammenstellung derselben giebt v. Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXIV. S. 185. A. 37.; vgl. noch Huschke Richter'sche Jahrb. a. a. O. S. 32. 33.

97) Auffallend ist, daß Papinian hier, wo von der Frist der b. p. die Rede ist, vom dies *aditionis* spricht. Vielleicht, weil der Avitus unter gewöhnlicher Cretion

Digitized by Google

An sich ist es hiebei ganz zweifellos (s. Ziff. 33. A. 63.), daß für den Verstorbenen, ohne dessen Wissen b. p. agnoscirt worden war, nicht noch sein Erbe innerhalb der Frist die Ratihibation vornehmen kann [98]). Demgegenüber wird aber, auf Grund des begünstigenden Ausnahmsrechts des kaiserlichen Rescripts, die in der absentia reipublicae causa liegende Entschuldbarkeit von Bedeutung. Dem Erblasser ist, da er intra diem aditionis starb, sein Erbrecht in keinem Augenblick im juristischen Sinn verloren gewesen, es war ihm also auch nie wegen eines schon begründeten Verlustes die i. i. r. nata. Der Tod in Verbindung mit dem Umstande, daß nun nicht mehr sein Erbe die Ratihabition vornehmen kann, ist der Grund des Verlustes. Da aber die Abwesenheit die Ursache gewesen ist, daß er nicht bei Lebzeiten in regulärer Weise die b. p. agnoscirt haben konnte, so liegt es da, wo man in einem freieren Sinne die Billigkeit (humanitas) walten läßt, nämlich bei Handhabung der i. i. r., sehr nahe, daß

eingesetzt worden war (Gai II. 170. 172.), deren 100 Tage dann im vorliegenden Falle mit denen der b. p. zusammentrafen. Daß Papinian aditio schon im weiteren Sinn gebraucht und darunter direct die dies der b. p. verstanden hätte, wäre schwer zu glauben. Vgl. auch Ziff. 47. A. 39.

98) L. 7. C. de iure del. 6. 30. (Diocl. et Max. 293—304.): Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis, quam cognosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum, manifestum atque evidens est, *antequam pro herede gereret vel b. possessionem admitteret defuncta, successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere.* Consultatio VI. 19.

Digitized by Google

man folgendermaßen argumentirt: Der Tod hat den dies aditionis beendigt, und so wie ja auch sonst das ante decedere gleichartig neben dem tempus finitum steht (Ziff. 34. A. 85.), so muß man hier im Momente des Todes [sine respectu der Distinction, ob er vor oder nach dem Fristablauf erfolgte[99])], den Rechtsverlust als juristisch abgeschlossen und in demselben Momente das dagegen dargebotene Schutzmittel der i. i. r. als erworben und danach denn auch auf die Erben übergehend betrachten.

Liegt so auf der einen Seite die bis zu diesem Resultate geführte Argumentation sehr nahe, so enthält sie doch auf der anderen Seite einen ganz eigenthümlich neuen Rechtssatz, eine wahre und ganz selbständige transmissio ex capite in integrum restitutionis. Ist dies Stadium einmal erreicht, so fordert das Gewonnene von selbst zu der Ueberlegung auf, ob nicht in seinem Schooße wieder eine ganze Reihe neuer, mit Nothwendigkeit ihm entspringender, fruchtbarer Consequenzen verborgen liegen. Die römische Jurisprudenz hat diesen Rechtssatz nicht auf dem Wege bloßer doctrineller Argumentation, sondern nur unter Berufung auf ein analog hier zu verwendendes Kaiserrescript gewonnen. Papinian beruft sich auf eine Constitution des Pius, welche offenbar nicht den besprochenen, aber einen Fall betroffen hat, von dem Papinian eine analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall für zulässig hält. Es ist schon oft bemerkt worden[100]), daß diese hier in Bezug genommene Constitution höchst wahrscheinlich je-

99) Huschke a. a. O. S. 33.

100) Marezoll a. a. O. S. 78.; v. Vangerow S. 187; Mühlenbruch S. 161.

Digitized by Google

nes auch in fr. 30. pr. de acq. her. erwähnte Rescript des Pius sei. Und in der That durfte nach der vorher gegebenen Erklärung eine analoge Verwendung der vom Kaiser wegen der rei publicae causa absentia zugestandenen i. i. r. von dem Fall des fr. 30. — [Herüberziehung des dem berufenen Hausſohn durch Tod verloren gegangenen Erbantretungsrechtes auf den schon vorher zum materiellen Einwilligungsrecht befugten Vater] — auf den Fall des fr. 86. — [Herüberziehung des dem Berufenen durch seinen Tod untergegangenen Erbantretungsrechtes auf seine nur noch eine materielle Ratihabition hinzufügenden Erben] von Papinian mit Fug vorgenommen worden.

Für uns erhebt sich nun aber die Frage, ob für die heutige Rechtsanwendung wir dieses allein im Corpus Juris eine volle Transmission der Erbantretungsbefugniß auf die Erben ex capite in integrum restitutionis enthaltende Fragment als eine singuläre Begünstigung auf seinen unmittelbaren Inhalt zu beschränken haben[1]), oder in ausdehnendem Sinne verwenden dürfen. Jedenfalls sind rücksichtlich dieser Ausdehnungsfrage zwei Richtungen zu unterscheiden.

In dem fr. 86. ist nur von der b. p. die Rede. Daß man nach unserem heutigen Rechte eine von der b. p. sprechende derartige Bestimmung jetzt überhaupt auf unsere private formlose Erbantretung zu beziehen hat, gehört gar nicht in unsere Ausdehnungsfrage, son-

1) v. Vangerow a. a. O. S. 186: „auf den hier dargestellten Fall zu beschränken, wenn Jemand rei publicae causa abwesend ist, und darum eine von seinem Prokurator agnoscirte b. p. nicht agnosciren kann." — s. auch Mühlenbruch S. 182 ff.

Digitized by Google

dern stützt sich auf allgemeine das Erbrecht beherrschende Grundsätze, die weiter unten zur Besprechung kommen werden. Wohl aber gehört unserer Ausdehnungsfrage Folgendes an. Die Stelle spricht nur von einer durch einen Procurator für einen nichtwissenden Berufenen vorgenommenen Antretungshandlung, b. possessionis agnitio, die der Berufene in bestimmter Frist zu ratihabiren hatte, und die nun nach dem vor Beginn der Frist [2]) erfolgten Tode des Berufenen auch der Erbe auf Grund der i. i. r. noch ratihabiren kann. In dieser Fassung ist für die Stelle in unserem heutigen Recht kaum eine Anwendung offen.

Kann man nun das Moment, daß ein Stellvertreter die hinterdrein nur zu ratihabirende Agnitionshandlung vornahm, ganz streichen, und was bleibt als eigentlicher dispositiver Inhalt der Stelle dann übrig? Jedenfalls nicht das, was Vangerow als die Ansicht seiner Gegner hinstellt, nämlich (S. 186.) „der allgemeine Grundsatz, daß überall dann den Erbeserben Restitution ertheilt werde, wenn der Delat vor erfahrener Delation gestorben sei." Denn nach der Stelle ist auch sicherlich Restitution anzunehmen (A. 2.), wenn der Avitus sein Instituirtsein erfahren hätte und intra diem aditionis ohne Ratihabition verstorben wäre. Also nicht das ist das Entscheidende, daß der Berufene von der Delation keine Kunde erhielt, sondern daß er, unter dem Bestande der entschuldbaren causa restitutionis bis zu seinem Tode, durch den Tod selbst von der ihm noch offenen Antretung ausgeschlossen worden ist. Nehmen wir ein Beispiel aus unseren heutigen

2) Oder auch (wie oben bemerkt) vor dem Ablauf der etwa schon begonnenen Frist.

Digitized by Google

Verhältnissen: es erfährt ein Officier auf einer Flottenexpedition oder einem Feldzuge, daß ihm eine Erbschaft eröffnet sei; er beschließt (ohne daß wir das Handeln eines Stellvertreters zu Haus, oder das Laufen einer Frist der Erbantretung vorauszusetzen brauchen), sich die einstweilen schlecht zu überlegende Frage der Antretung bis zur erhofften Rückkehr offen zu halten; er stirbt dann aber noch während der Expedition. Kann hier sein Erbe auf Grund richtiger Interpretation unserer Stelle ex persona defuncti aus dem Grunde der absentia rei publicae causa die i. i. r. erlangen, um an der Stelle des Berufenen die Antretung vornehmen zu dürfen?

Die zweite Richtung der Ausdehnungsfrage ist die nach der Zulassung anderer causae restitutionis noch außer der causa absentiae (und der daran angeknüpften clausula generalis). Also z. B. ein Minderjähriger, dem eine Erbschaft deferirt ist, hat „iuvenili levitate ductus" (s. oben Nr. *y*.) beschlossen sich die Sorgen der Deliberation noch einige Zeit fern zu halten, stirbt dann aber plötzlich, ohne zu einer Erklärung kommen zu können. Oder: eine Vergnügungs-Reisegesellschaft wird von einer Räuberbande aufgehoben und an einem unzugänglichen Orte zwecks Erpressung von Lösegeldern längere Zeit gefangen gehalten [3]); Einem

3) Schon in der clausula generalis kommt ein „metu abesse", „si non supervacuo timore deterriti abfuissent" vor; fr. 1. §. 1., fr. 2. §. 1., fr. 3. ex quib. caus. maior. 4. 6, also z. B. ein Berufener steht durch Todesdrohungen u. dgl. davon ab, vor dem Prätor zu erscheinen und sich b. p. zu erbitten. Darunter aber würde das im Text angegebene Gefangengehaltenwerden, welches den Berufenen veranlaßt, daß er beschließt,

Digitized by Google

davon wird während dessen eine Erbschaft deferirt (wir können auch hier annehmen, daß er dies erfahren habe); er ist aber gar nicht in der Lage, sich während seines Aufenthaltes bei den Räubern über die Antretung schlüssig zu machen; dann wird er von den Räubern erschossen. Kann in diesen Fällen wegen Minderjährigkeit bez. Zwanges ex persona defuncti von den Erben i. i. r. nachgesucht werden, um die Erbschaft noch antreten zu dürfen?

Die herrschende Meinung ist schon seit lange der extensiven Interpretation wenigstens in gewissen engeren Gränzen zugeneigt[4]) und in der That ist es sogar in noch erweitertem Sinne nicht bedenklich, für sie zu stimmen[5]). Das römische Recht hat einmal den positiv-

die Antretungsfrage während der Gefangenschaft noch unentschieden zu lassen, nicht fallen.

4) S. die sorgfältigen Literaturangaben bei Mayer Erbrecht I. S. 317.

5) Heutzutage wird gewöhnlich eine i. i. r. nicht bloß bei Abwesenheit des verstorbenen Delaten in Staatsgeschäften, sondern bei „jeder Abwesenheit, soweit sie als Restitutionsgrund der rei publicae causa gleichgesetzt worden" (Sintenis Civilr. III. S. 656. A. 6.) zugelassen. Puchta P. §. 504. A. p. Arndts P. §. 516. N. b. u. A. 1. — Jedenfalls richtig ist Sintenis' Tadel der unbestimmten Mühlenbruch'schen Fassung (XLIII. S. 197: „wenn zweifellos feststeht, daß ein unverschuldetes factisches Hinderniß, welches dem Erwerb entgegenstand, die mittelbare Ursache einer Rechtseinbuße für die Erben geworden ist"), — eine Fassung, die übrigens Sintenis wieder auf seine eigene Ansicht zurückführt, indem er meint: „geht man alle Fälle der Restitution wegen Abwesenheit und ex clausula generali durch, so ist kein unverschuldetes

Digitized by Google

rechtlichen Schritt gethan, bei einem im Zustande einer causa restitutionis Versterbenden, der nicht durch anderweite Gründe bereits ausgeschlossen war, aber durch den Tod von der Möglichkeit der Antretung ausgeschlossen wird, seinem Erben die i. i. r. für etwas begrifflich überhaupt Zugängliches zu erklären. Danach heißt es nur die im Gebiet der i. i. r. geltenden Grundsätze walten lassen, wenn wir nach jenen beiden Richtungen hin den einmal zugelassenen Begriff zur ausdehnenden Verwendung bringen. Wir können demgemäß das Anwendungsgebiet der transmissio ex capite i. i. restitutionis in folgende Sätze fassen:

aa) An sich sind alle factischen [6]) Hindernisse, welche überhaupt eine causa restitutionis abzugeben geeignet erscheinen (wofern sie nicht mit besonderen erbrechtlichen Vorschriften über die Erbantretung in Conflict treten), namentlich also absentia (mit clausula generalis), Minderjährigkeit und Zwang [7]) hier in Betracht zu ziehen.

factisches Hinderniß übrig, welches nicht unter den Begriff der Abwesenheit träte." — Vgl. auch die die entgegengesetzten Standpunkte einnehmenden Erkenntnisse bei Seuffert Arch. XI. Nr. 162. (Lübeck), XIV. Nr. 243. (Cassel). — Ueber die Behandlung dieser Frage in Würtemberg s. Römer Grundz. des Würt. Erbr. (1872.) S. 59. 60.

6) Marezoll a. a. O. S. 71. Mayer S. 316. Mühlenbruch S. 181. — Von rechtlichen Erwerbshindernissen wird erst unten Ziff. 36 ff. die Rede sein.

7) Die Frage wegen eines (entschuldbaren) Irrthums und Unwissenheit (bezw. diese veranlassenden dolus) bedarf einer eigenen selbständigen Prüfung, auf die ich, da sie im Uebrigen nicht weiter dem Gebiet der

Digitized by Google

bb) Liegt solcher Grund vor, so ist es im Uebrigen einerlei, ob der Delat die Berufung noch erfahren hatte oder nicht.

cc) Dauerte der Behinderungszustand bis zum Tode des Berufenen, so daß man den Behinderungszustand als die Ursache ansehen kann, in Folge deren der Berufene nicht zur Entscheidung über die Antretung kam, so geht auf seinen Erben das Recht zur i. i. r. über.

dd) Im Genaueren stützt sich dieser Uebergang auf folgenden Gedankengang: in demselben Moment, wo die (bis dahin noch nicht ausgeschlossene) Möglichkeit der Antretung durch den im Behinderungszustand erfolgenden Tod verloren geht, ist untrennbar gleichzeitig das an die Stelle tretende Recht auf i. i. r. dem Sterbenden erworben[8]) und vererbt sich danach wie alle Restitutionen.

b. p. angehört, hier nicht eingehe. S. übrigens noch Ziff. 42. a. E. — Vgl. den Fall bei Seuffert Arch. XIV. Nr. 243., in welchem der Berufene beim Tode des Erblassers schon krank und neun Tage nachher gestorben war, wobei anzunehmen, daß er vom Tode des Erblassers keine Kenntniß erhalten. Hier wird die Frage für gleichgültig erklärt, ob „die Benachrichtigung vom Todesfall in Folge eines ärztlichen Verbotes unterlassen worden sei."

8) Diese begünstigende Interpretationsart für etwas, das im Moment des Todes verloren geht, in demselben Momente das an die Stelle tretende Recht dem Sterbenden als erworben anzunehmen, kommt auch noch sonst vor. Wenn ein präterirter postumus erwartet wird, und der allein und ohne Substituten instituirte suus vor Geburt des postumus stirbt, so

Digitized by Google

ee) Da die in integrum restitutio das ist, was auf den Erben übergeht (ex persona defuncti . . . restitutionem locum habere), und da es einerlei ist, ob der behinderte Berufene die Delation erfahren hat oder nicht, so ist nicht weiter danach zu fragen, ob „es außer allem Zweifel sei, daß der Berufene die Erbschaft erworben haben würde, falls nicht das Hinderniß im Wege gestanden hätte“ [9]); sondern der Erbe wird frei in die Lage, wie vor dem Tode der Berufene stand, versetzt, also er kann noch deliberiren, ob annehmen oder ablehnen [10]). Da aber durch den Tod das Erbrecht schon verloren ist, so wird er allerdings die i. i. r. gar nicht nachsuchen, wenn er schon von vorn herein für Ablehnung entschieden ist.

ff) Die Transmission umfaßt jedes Erbrecht, nicht bloß das in einer noch nicht abgelaufenen Frist deferirte; sie geht auf volle Offenhaltung der Antretung, nicht bloß auf Ratihabition der schon von einem Stellvertreter für den ignorans vorgenommenen Erwerbserklärung.

gg) Diese aus der Zeit der classischen Jurispru-

daß durch diesen Tod das Testament destitut wird, so gilt die nun für die testamentarische an die Stelle tretende Intestatsuccession noch als im letzten Lebensmoment dem suus erworben. fr. 16. de lib. et post. 28. 2. Schmidt Notherbenr. S. 10. A. 20.

9) Mühlenbruch S. 194. 195. Vgl. auch die auf diesen Punkt bezüglichen Worte bei Seuffert Arch. XI. Nr 162. S. 246. 247.

10) Man kann daher nicht mit Huschke Richter'sche Jahrb. 1839. S. 32. sagen, daß „nach ausgesprochener Restitution dem Erben gleich die Klagen ebenso, mithin als utiles actiones, gegeben wurden, als wenn die b. p. ertheilt worden wäre.“

Digitized by Google

denz datirende Transmission ex cap. i. i. restitutionis concurrirt jetzt meist mit der Justinianeischen Transmission; sie hat aber noch selbständige practische Wichtigkeit im Fall des Jahresablaufs der letzteren, sowie für Diejenigen insbesondere, welche der Justinianeischen Transmission nur dann, wenn der Berufene die Delation erfahren hatte, Anwendbarkeit gestatten [11]).

36. — 3) Ich habe im Bisherigen ausgeführt, wie in der Zeit der classischen Jurisprudenz in der Agnition der b. p. das Moment des Antretungswillens, als ein der hereditatis aditio gleichartiges, immer mehr hervortritt, dagegen das der datio, als ein zwar selbstverständlich in ihr enthaltenes, aber doch in den Gesichtspunkt einer bloßen Antretungsform übergehendes, unwichtiger wird (Ziff. 32—34). Ebenso wie aber schon oben Ziff. 24. 25. nach Darstellung der allgemeinen Gleichartigkeit von hereditas und bonorum possessio ein Punkt hervorgehoben wurde, in welchem die letztere auf Grund der magistratischen *datio*, der sie in concreto entspringt, etwas ganz Eigenartiges in sich faßt, so treffen wir hier in der Lehre von der Acquisition der b. p. auf eine parallele Erscheinung. Das eigenthümliche Wesen der b. p., welches schon in ihrer ältesten Gestaltung einen Platz hatte, tritt hier als aus dem Grundgedanken heraus eigene abgesonderte Nebeninstitute bildend auf. Es ist im ersten Bande ausgeführt worden, daß der Gegensatz der b. p. cum re und sine re der b. p. von ihrem Ursprunge an angehört [12]). Daran knüpfte sich dann oben Ziff. 32. der Satz, daß in der classischen Zeit, wo die b. p. durch die hinzukommenden

11) Z. B. Brinz Pand. S. 823. 824.
12) Bd. I. dies. Ser. S. 312—315.

Digitized by Google

suppletorischen, correctorischen und testamentarisch-emendatorischen Elemente die Entwicklung des ganzen römischen Erbsystems in sich aufnimmt, die b. p. ganz überwiegend in Combination mit der hereditas gleich unter der Voraussetzung gedacht wird, sie sei cum re. Dadurch wird die b. p. sine re mehr als gleichartiger Begriff zur gewöhnlichen possessio hereditatis hinübergeschoben, und das ist die Uebergangsstufe zu dem, was in der späteren Kaiserzeit eintritt, daß nämlich die b. p. sine re allmälig ganz verschwindet.

In der b. p. sine re, so wie nach der Darstellung des ersten Theiles sie auch noch in der classischen Zeit festgehalten wird, liegt keineswegs bloß der negative Satz, daß der Erbrechtsbesitzer gegenüber einem vorberechtigten heres unterliegen muß. Sie hat auch, bis es zu dieser Avocation der hereditas kommt, einen bedeutenden positiven Gehalt. In dieser Richtung ist sie (namentlich schon in ihrem ursprünglichen Anwendungsgebiet im Kreise der confirmatorischen Klassen: wenn der scriptus heres die b. p. versäumte und der legitimus sie erhielt) die auf prätorischer *datio* ruhende provisionelle Zutheilung des Erbrechtsbesitzes. Sie schafft, ganz abgesehen davon, was später aus der Erbschaft wird, schon durch diesen ihren interimistischen Bestand einen rücksichtlich der Erbverhältnisse rechtlich Legitimirten[12a]).

Dieser schon von Anfang an in der b. p. sine re

12a) Wie dieser schon in der b. p. sine re liegende Gedanke, durch ganz andere practische Bedürfnisse veranlaßt, auch in unseren modernen Verhältnissen wieder zu gleichartiger Gestaltung getrieben werden kann, wird unten Ziff. 64. zur Darstellung kommen.

Digitized by Google

enthaltene Gedanke ist nun aber vom Prätor noch weiter benützt worden. Derselbe ließ sich, abgesehen von der Handhabung des Systems der ordinären Erbklassen, in sehr zweckmäßiger Weise für eine größere Zahl von Einzelfragen, wie sie allmälig das practische Bedürfniß aneinander geknüpft haben wird, verwenden. Es sind Fragen, in denen, wegen irgend einer rücksichtlich des definitiven Schicksals der Erbschaft noch schwebenden Ungewißheit, eine provisionelle Feststellung des Trägers der Erbangelegenheiten wünschenswerth erscheinen mußte. In dieser Weise ist allmälig eine ganze Reihe von Nebeninstituten der b. p. geschaffen worden, deren Special-Darstellung im Folgenden an verschiedenen Stellen vorkommen wird: die b. p. Carboniana (und die mit ihr gleichen Schritt gehende missio ventris nomine) [§. 1617. 1618.]; die sec. tab. b. p. des bedingt Instituirten [§. 1619.]; die b. p. furiosi nomine und die derselben gleichartigen und verwandten Gestaltungen [§. 1604.]; endlich das hier zu besprechende Nebeninstitut. Die meisten (jedoch keineswegs alle) dieser provisionellen bonorum possessiones treten als *decretales* bonorum possessiones auf; indeß kann diese Seite der Frage, abgesehen von dieser kurzen Erwähnung, hier noch bei Seite gelegt werden (s. Ziff. 46.).

a) Das an diesem Orte zu entwickelnde Nebeninstitut, in welchem die provisionelle prätorische datio (und zwar ein decretum) trotz eines schwebenden Impediments einen für die Erbangelegenheiten rechtlich Legitimirten schafft, kann man kurz unter dem Namen zusammenfassen: ***bonorum possessiones decretales* bei einem rechtlichen Erwerbshinderniß**[13]). Es

13) Literatur dieser Frage: v. Löhr Mag. II. (1807.)

Digitized by Google

ſtehen darunter mehre noch wieder auf weſentlich verſchiedenen Vorausſetzungen ruhende und für das Verſtändniß bedeutende Schwierigkeiten darbietende Fälle.

a) Wenn nach dem Tode des Erblaſſers ein Poſtumus erwartet wird, ſo kann dies in verſchiedener Weiſe ein Hinderniß abgeben, die Erbangelegenheit ſchon jetzt endgültig zu erledigen. Den Anknüpfungspunkt, von dem die Behandlung dieſer Frage bei den Römern ausgeht, bilden die 12 Tafeln: fr. 3. §. 9. de suis et leg. 38. 16. (Ulp.): Utique et ex lege XII. tabularum ad legitimam hereditatem *is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus.* inde *solet remorari insequentes sibi adgnatos,* quibus praefertur, si fuerit editus: inde et partem facit his qui pari gradu sunt, ut puta frater unus est et uterus, vel patrui filius unus natus et qui in utero est [14]). Dieſer

S. 443 ff.; Marezoll Zeitſchr. f. C. u. Pr. II. (1829.) S. 63; Meyer Erbrecht I. (1840.) S. 309 ff.; v. Vangerow, Archiv f. civ. Pr. XXIV. (1841.) S. 180 ff.; Mühlenbruch XLII. (1841.) S. 426 ff. XLIII. (1843.) S. 165 ff.; Puchta Pand. §. 504. A. o.; Arndts Pand. §. 516. N. c; Sintenis Civilr. (2. Aufl. 1862.) S. 656. 657; Köppen in Gerber u. Iherings Jahrb. V. (1861.) S. 141 ff.; Köppen Syſt. des Erbr. S. 364 ff.; Brinz Pand. II. (1860.) S. 824; Windſcheid Pand. III. (1869.) §. 600. A. 16—20.

14) R. Schoell. Leg. XII. tab. reliq. (1866.) p. 126. — Fr. 3. pr. si pars her. pet. (Paul.): *Antiqui* libero ventri ita prospexerunt, *ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent:* sicut apparet in iure hereditatium, in quibus *qui post eum gradum* sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, *non admittuntur dum incertum est an nesci possit.*

Digitized by Google

Punkt hat dann eine genauer formulirte Fixirung erhalten, die von Ulpian mit dem bloßen Ausdruck: „quod dicitur“ citirt, aber ganz einem feststehenden Rechtssatze gleich interpretirt wird. Fr. 30. §. 1. de acq. her. 29. 2: Quod dicitur [15]): „*proximus* a filio postumo heres, dum mulier praegnas est aut putatur esse, *adire hereditatem non potest*: sed si scit non esse praegnatem, potest“ — accipe proximus a ventre qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, *quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi ocum faciendum si fuerit editus*, pro iam nato habetur. *idemque et per bonorum possessionem edictalem.* denique praetor ventrem mittit in possessionem. Hier wird in der Formel „quod dicitur“ zunächst für das Civilrecht (auf die b. p. wendet dies Ulpian am Schlusse an) der Rechtssatz ausgesprochen, daß so lange der Postumus erwartet wird [d. h. so lange das Kind wirklich in utero ist oder der Nachstehende auch nur glaubt, die Frau sei schwanger], dem Nachstehenden die her. aditio unmöglich ist. Wir haben hier also ein rechtliches Hinderniß des Erbschaftserwerbes. Und zwar beruht dies in erster Linie darauf, daß überhaupt die Delation durch die 12. Tafelbestimmung suspendirt ist (solet remorari insequentes sibi —

15) Ebenso nachher §. 3: quod dicitur: „si putetur esse praegnas.“ Es ist dies eine aus der Interpretation der Juristen hervorgegangene Formel. Schmidt Notherbenrecht S. 10. A. 22.

Digitized by Google

ad moram faciendam inferioribus). Diese Bestimmung der 12 Taf. geht aber nur auf den wirklich in utero vorhandenen (welcher praefertur *si fuerit editus* — sibi locum faciendum si fuerit editus). Die Formel „quod dicitur" hat dann auch für den Fall, wenn der Nachstehende nur glaubt, die Frau sei schwanger, für ihn das *adire* non posse hinzugefügt. Wir finden hier also den Begriffsgegensatz einerseits des interimistischen objectiven Delationshindernisses und andererseits des intermistischen bloß subjectiven Erwerbshindernisses [16]), welchen Gegensatz wir noch weiter im Folgenden zu verwenden haben werden.

Von diesen zunächst civilrechtlichen Sätzen sagt dann das fr. 30. §. 1. cit., daß sie auch auf das prätorische Recht Anwendung fänden: idemque et per bonorum possessionem *edictalem.* denique praetor ventrem mittit in possessionem. Das heißt: der zu erwartende postumus wird *ex omnibus partibus edicti* demnächst, wenn er geboren ist, die ordinaria b. p. je nach seiner Berechtigung in der betreffenden Klasse zu erbitten befugt sein. Also dem Nachstehenden ist die *edictalis b. p.:* wenn die Frau wirklich schwanger ist, noch gar nicht deferirt: wenn er sie für schwanger hält, wegen seines subjectiven Erwerbshindernisses noch nicht zugänglich [exigimus ut certus sit delatam sibi b. possessionem, Ziff. 26.]. Der postumus wird also, ebenso wie das fr. 30. §. 1. es vom Civilrecht sagt, so auch in omnibus partibus edicti pro iam nato habetur [17]). Zur Ausgleichung „übrigens" oder „schließlich"

16) Schmidt a. a. O. S. 10. 11.

17) Fr. 7. pr. de ventre in poss. mitt. 37. 9. (Ulp.): venter admittitur, scilicet si talis fuerit is qui in

Digitized by Google

(denique) für die hiemit ausgedrückte Suspension der edictalis b. p. wird einstweilen der venter [welche edictale b. p. der postumus auch demnächst agnosciren möge, also wiederum: „ex omnibus partibus edicti“] in possessionem mittirt[18]). Hiernach halte ich es für unzuläßig, die Schlußworte des fr. 30. §. 1. cit. mit Mommsen zu lesen: denique et per bonorum possessionem edictalem praetor ventrem mittit in possessionem, wodurch gerade der präcise Gedankengang der Stelle verwischt werden würde. —

37. In den Worten: „idemque per bonorum possessionem *edictalem*“ liegt übrigens noch eine stillschweigende Hindeutung auf einen Gegensatz, der freilich, wenn wir die Stelle allein hätten, zwischen ihren Zeilen schwer herauszulesen wäre, den wir aber mit Hülfe zweier anderer Stellen sicher erkennen können.

utero est, ut si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset: *ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is qui in utero est;* fr. 2. §. 4. quis ordo. 38. 15.

18) Fr. 10. eod. (Paul.): Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere b. possessionem. nam et *ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum,* non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem; fr. 1. §. 5. ad SC. Tert. 38. 17: . . . venter in possessionem *ex omni parte edicti mittitur;* fr. 6. pr. de inoff. test. 5. 2. . . . potuit enim scriptus heres in possessionem *mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet.*

Digitized by Google

Rücksichtlich der *edictalis b. p.* wird der qui in utero est *pro superstite habetur* d. h. moram facit nferioribus um für sich selbst den Platz zu reserviren, und partem facit his qui pari gradu sunt. Aber dies hindert nicht, daß der Nebenstehende, ja möglicherweise auch der Hinterstehende, in der Zwischenzeit der Ungewißheit durch *decretalis b. p.* einstweilen bereits einen Rechtsschutz erhalte. Ich will hier zunächst nur vom Nebenstehenden sprechen, und die beiden diesen Punkt behandelnden Stellen mögen, weil sie sich gegenseitig ergänzen, nebeneinander vor Augen geführt werden.

Fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. (Paul.) Si quis eum qui in utero est praetermiserit, etiam nondum nato eo alius qui heres institutus est *bonorum possessionem contra tabulas admittere* pot-

Fr. 84. de acq. her. (Pap.): Ventre praeterito si filius qui fuit [Mommsen: suus vel] emancipatus aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas: sed si vacuo ventre mulier fuit et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur: emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem sciant. ergo si ventre pleno sit mulier *nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi*

Digitized by Google

est, quia *iniquum est* neque quasi scriptum posse petere b. possessionem, quamdiu c. t. peti potest, nec c. t. quamdiu non nascitur praeteritus, *ut et si ante moriatur, b. possessionis beneficium ad heredem transmittat.*

suo relinquere nihil? et ideo *decreto* filio succurrendum est, quia, sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est.

quod maxime necessarium est in emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Zunächſt wird durch fr. 84. das vorher ſchon aus den anderen Stellen Entnommene beſtätigt, daß nämlich nur, wenn die Frau wirklich ſchwanger iſt, ein objectives Delationshinderniß beſteht, während beim bloßen Glauben, daß ſie ſchwanger ſei, der, dem der vermuthete postumus partiell oder ganz entgegenſteht, nur an einem ſubjectiven Erwerbshinderniß leidet. Der suus heres institutus bedarf eben keiner beſonderen Erwerbshandlung, deßhalb trifft ihn das Erwerbsimpediment (welches den emancipatus und exter behindert) nicht; alſo wenn die mulier vacuo ventre fuit, ſo fällt ihm die hereditas ipso iure zu [19]), zum Zeichen,

19) Fr. 3. §. 10. de suis et leg. 38. 16. (Ulp.): . . et placuit, si in rerum natura certum sit hanc, quae se dicit praegnatem, praegnatem non esse, ex asse iam esse heredem hunc qui iam natus est, *quoniam et ignorans heres fit. quare si medio tempore doces-*

Digitized by Google

daß alsdann ein objectives Delationshinderniß nicht bestand [20]).

Das fr. 84. geht sodann auf den Fall über, von dem das fr. 4. allein redet, daß nämlich *ventre pleno sit mulier*. Fr. 84. unterscheidet ausdrücklich dabei den suus und den emancipatus institutus; das fr. 4. hatte freilich nur von einem alius heres institutus gesprochen, da es aber diesem institutus die c. t. b. p. (commisso per alium edicto) giebt, so ist zweifellos, daß es unter dem alius einen „ex liberis" versteht [21]). Daß es darunter zunächst so gut den suus wie den emancipatus begreift, erhellt aus der besonderen Hervorhebung, die es am Schluß dann noch dem emancipatus zu Theil werden läßt. Für Beide, den suus wie den emancipatus, gilt daher beim venter plenus der Satz des fr. 4., daß sie keine secundum tabulas b. p. erbitten können, so lange für den postumus die Agnition der c. t. noch in Frage steht. Dies aber ist eben der Satz der obigen Stellen [„quantum ad moram faciendam et sibi locum faciendum, is qui in utero est pro superstite habetur] in der besonderen Anwendung auf den vorliegenden Fall der Präterition des Postumus.

Trotzdem erhält nun aber doch der suus oder der emancipatus während der Schwebezeit des venter plenus eine b. p., und dies gerade ist der hier zur Frage stehende Punkt. Diese b. p. ist eine c. t., wie das fr. 4. sagt; aber es zeigt zugleich deutlich, daß

serit, integram hereditatem ad heredem suum transmittit.

20) Schmidt Notherbenrecht S. 11. A. 23.

21) Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. 37. 4.

Digitized by Google

hier nicht von der gewöhnlichen edictalen c. t. die Rede ist. Paulus sagt: diese c. t. wird gegeben, weil es *iniquum* ist, daß der institutus, so lange der Präterirte noch nicht geboren ist, keine c. t. b. p. erhalten kann. Und wir wissen ja nun auch, daß diese letztere (d. h. die edictale c. t.) wegen des durch die 12 Taf. ausgesprochenen und natürlich auch für die b. p. geltenden Delationshinderniſſes [22]), so lange der postumus erwartet wird, noch gar nicht deferirt ist, also von einer gültigen Agnition derselben nicht die Rede sein kann. Die von Paulus erwähnte b. p. c. t., welche der instituirte Sohn admittere potest nondum nato eo qui in utero est, ist mithin nicht die edictale; sie ist eine eigenartige, die den Zweck hat: ut et si ante moriatur b. possessionis beneficium ad heredem transmittat. Mit dieser Zweckbestimmung stimmt Papinian ganz überein. Auch er sagt: es würde iniquum sein, wenn der inzwischen verstorbene Sohn seinem Erben nichts hinterließe. Bei Papinian finden wir nun aber auch den positiven technischen Ausdruck für diese eigenthümliche provisionelle b. p. Es ist eine *b. p. decretalis* [„c. t. comm. per al. ed." ist dabei hinzuzudenken].

Diese decretalis b. p. wird für den *suus heres* folgendermaßen motivirt: es muß demselben nothwendig auf diesem Wege geholfen werden, da er ja auf jeden Fall, mag die wirklich schwangere Frau mit einem lebenden oder todten [23]) Kinde niederkommen, der heres

22) Vgl. Ziff. 31. Nr. c.

23) Auch wenn ein todtes Kind geboren wird, so besteht doch bis zum Momente der Niederkunft das für den venter plenus gegebene Delationshinderniß der 12 Tafeln. Fr. 8. §. 1. de suis et legit. 38. 16: Si quis

Digitized by Google

seines Vaters wird. Dieser allgemein ausgesprochene Satz bedarf aber noch der genaueren die einzelnen Eventualitäten berücksichtigenden Beschränkung. Es ist oben bereits in anderem Zusammenhange erwähnt worden (Ziff. 35. A. 8.), daß der allein und ohne Substitut instituirte Sohn, der vor der Niederkunft der Frau stirbt, das Testament durch seinen Tod destitut macht und in demselben Momente ab intestato erbt [24]), zu welcher Intestatsuccession dann der lebendig geborene postumus hinzutritt. Wir müssen demnach einen nicht allein oder mit einem Substituten eingesetzten suus voraussetzen, damit von ihm Papinians Worte gelten können, daß er interea [in der Zeit, wo die Delation noch suspendirt ist] defunctus seinen Erben nichts hinterlasse [25]). Alsdann nämlich ist das Testament durch den Tod des suus nicht destitut zu machen, für das Testament aber besteht der Satz: quamdiu rumpi testamentum pot-

praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, *deinde uxor mortuum peperisset*, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, *quia certum esset matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat.*

24) Es war bekanntlich bei den Römern ein Gegenstand des Zweifels gewesen, welche pars für den nebentretenden postumus in suspenso zu lassen sei. Auf diese Frage habe ich hier nicht einzugehen; fr. 3. si pars her. pet. 5. 4.

25) Hätte der suus im Momente seines Todes ab intestato bereits eine Quote ipso iure erworben, so bedürfte es keiner besonderen decretalis b. p. mehr, um bis zur Niederkunft der Frau seinen Erben die hereditas zu sichern. — Francke Notherbenrecht S. 00. Schmidt Notherbenrecht S. 10. A. 20.

Digitized by Google

est non defertur ex testamento hereditas (und b. p. edictalis). So bedarf es denn eben der besonderen Hülfe der b. p. decretalis, um den Erben des institutus suus, der inzwischen verstarb, dessen Erbtheil zukommen zu lassen; und der Grund, daß ihm diese decretalis b. p. gewährt wird, ist nach Papinian, daß er ja doch unter allen Umständen heres geworden sein würde. Wurde nämlich ein lebendiges Kind geboren, so ward das Testament rumpirt und der instituirte suus succedirte neben dem postumus durch edictale c. t. b. p. Kam ein todtes Kind zur Welt, so erbte der suus ipso iure ex testamento (bez. durch edictale sec. tab. b. p.). Es ist aber gleich hier zu constatiren, daß die b. p. decretalis von den Römern nicht so motivirt wird: sie sei die prätorische Hülfe gegenüber dem Satze, daß der civilrechtliche Erbschaftserwerb Gewißheit darüber fordere, ob man ex testamento oder ab intestato berufen sei, so daß also die objective Suspension Folge der subjectiven Ungewißheit wäre [26]). Vielmehr umgekehrt: die Delation sowohl der hereditas wie der edictalen *b. p.* ist objectiv durch das positive (aus Rücksicht auf den postumus entsprungene) Verbot der 12 Tafeln suspendirt, obgleich für den suus [dem ja bei bestehender bloß subjectiver Ungewißheit die hereditas ipso iure zufällt, A. 19.] es hier ganz sicher ist, daß ihm wenigstens eine Quote ipso iure zufallen werde. Dieses Sichersein, daß er unter allen Umständen patri heres futurus est, motivirt nur die rein provisionelle Maßregel einer decretalis b. p. —

Unsere beiden Stellen sprechen zum Schluß vom *emancipatus*. Papinian sagt, bei ihm walte eadem

26) Köppen Jahrb. S. 161 ff.; Erbrecht S. 380. 381.

Digitized by Google

ratio. Auch für ihn ist es unter allen Umständen sicher, daß er einen Theil des Vermögens erhalten kann. Nur wird er nicht in jedem Falle heres, sondern wenn der präterirte postumus das Testament rumpirt, so kann er die Theilnahme an der notherbenrechtlichen Succession nur auf dem Wege der b. p. erlangen. Im Hinblick auf diese mögliche b. p. (cum re) sagt deßhalb Papinian hier nur: rem omnimodo habiturus est. Etwas verschieden von der Papinianischen Ausdrucksweise ist die Paulinische. Nach dieser ist die Lage des emancipatus der des suus nicht practisch gleich, sondern dem Emancipirten ist die Hülfe der decretalis b. p. eine maxime necessaria, indem er nicht in der Lage sei, interim die hereditatis aditio vorzunehmen. Dies erscheint auffallend, denn die her. aditio ist ja Jedem bis zur Niederkunft der Frau ebenso suspendirt wie die Agnition der edictalen b. p. — Die Lösung liegt wohl in Folgendem. Es ist vorher schon hervorgehoben worden, daß Papinian nothwendig von dem Falle sprechen muß, wo der suus (und dem parallel denn auch der emancipatus) nicht allein oder ohne Substituten eingesetzt ist. Umgekehrt aber deuten des Paulus Worte darauf, daß er sich den schon lebenden Sohn, also auch hier den emancipatus, als den allein Instituirten denkt (alius qui heres institutus est). Unter dieser Voraussetzung ist allerdings die Lage des emancipatus schlechter und für ihn ist die decretalis b. p. „maxime necessaria". Denn der allein instituirte suus transmittirt, wenn er vor der Niederkunft der Frau stirbt, seinen Erbtheil als ipso iure ab intestato Erbender auf seine Erben (Text bei A. 24.); dem allein instituirten emancipatus aber ist das ipso iure-Erben verschlossen, für ihn also würde (abgesehen

Digitized by Google

von der im Vorausgehenden schon für unzulässig erklärten b. p. sec. tab. und c. t. edictalis) als das dem civilrechtlichen ipso iure-Anfall parallel Liegende nur die interim vorzunehmende hereditatis aditio als institutus übrig bleiben. Diese ist ja nun aber in Folge der allgemeinen Delationssuspension, die die 12 Taf. verfügen, unmöglich. —

Papinian hatte im Anfang des fr. 84. auch noch den *exter institutus* erwähnt und noch weiter hervorgehoben, daß derselbe so gut wie der emancipatus im Fall des vacuus venter nur beim Wissen des Nichtschwangerseins die hereditatis aditio vornehmen könne. Es liegen danach zwei Fragen nahe. Einmal: kann im Fall des venter plenus der exter ebenso wie der suus und emancipatus für den Fall seines vor der Niederkunft der Frau erfolgenden Todes, um die Erbschaft auf seinen Erben transmittiren zu dürfen, decretalis b. p. (sec. tab.) erbitten? Diese wird im Sinne Papinians unbedingt verneint werden müssen. Der exter institutus hat eine Aussicht auf die Erbfolge nur für den Fall, daß ein todtes Kind zur Welt kommt. Papinian motivirt aber gerade seine decretalis b. p. damit, daß der suus und der emancipatus sicher in beiden Fällen des Zurweltkommens eines lebenden wie eines todten Kindes an der Erbfolge theilnehmen. Der exter institutus hat nach dieser Begründung ebenso wenig ein Gegenmittel gegen die Folgen seines vor Eröffnung der Delation erfolgenden Todes, wie ein solches in der Stelle der A. 23. ab intestato für die in der Suspensionszeit sterbende Mutter angenommen wird. — Zweitens: ist für den Fall des vacuus venter der emancipatus, wenn ihm in Folge seines Glaubens an die Schwangerschaft die hereditatis aditio (und agni-

Digitized by Google

tio der edictalis b. p.) unmöglich wird, berechtigt für den Fall seines vor der Aufklärung über den Zustand der Frau erfolgenden Todes eine decretalis b. p. zu erbitten? Dies muß eben so unbedingt bejaht werden. Ist der emancipatus sogar bei der objectiven Delationssuspension des venter plenus dazu berechtigt, so kann hier beim Bestande eines bloß subjectiven Acquisitionshinderniſſes (bei dem der ihm parallel stehende suus gleich ipso iure erbt) das prätorische Schutzmittel ihm unmöglich verweigert worden sein [27]).

38. Was ist nun der Inhalt dieser decretalis b. p.? Hier lassen uns die Quellen gar sehr im Stich; indessen wird doch immerhin Einiges aus der Vergleichung analoger Fälle entnommen werden können.

Das Reguläre der Sachlage ist, daß der venter in possessionem mittirt wird, und daß man einen curator für den venter und einen für die bona constituirt; wird ein curator bonorum nicht ernannt, so ist creditoribus permittendum in custodia bonorum esse [28]). Zu einer factischen Besitzerlangung der Güter

27) Ist dagegen ein exter (institutus oder substitutus) durch den Glauben an die (nichtvorhandene) Schwangerschaft der Frau außer Stande gewesen, die aditio vorzunehmen und durch Tod in der Ungewißheitszeit excludirt worden, so kann natürlich noch viel weniger als bei der ersten Frage des Textes ihm eine vorgängige decretale b. p. zugestanden haben. Dafür aber gab es hier im Fall die Frau calumniae causa eine missio ventris nomine erlangt hatte, für den Erben dieses exter das Schutzmittel einer pönalen Klage; fr. 1. §. 8. 9. si mulier ventris nom. in poss. 25. 6.

28) Fr. 1. §. 17. de ventre in poss. mitt. 37. 9. Wie

Digitized by Google

würde also im gewöhnlichen Lauf für den decretalis b. possessor gar kein Raum sein. Aber offenbar ist dies auch gar nicht ihr Zweck. Paulus sagt im fr. 4. §. 3. cit., der Sohn könne sie admittere, ut si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Also ihr Zweck ist lediglich Herüberziehung des Rechts der b. p., welches durch Tod vor dem Wegfall des Delationshinderniſſes verloren gehen würde, auf die Erben. Das dem Aehnlichste, was wir noch sonst in den Quellen vorfinden, ist wohl die b. p. litis ordinandae gratia (s. unten Ziff. 45.), bei welcher das Testament zunächst gültig ist, bei der aber ein ab intestato Berechtigter, der das Testament durch querela inoff. test. umzustoßen unternimmt, für den Fall des Sieges sich resp. seinen Erben diese b. p. sichern und zugleich zweifellos bethätigen will, daß er diese b. p. zur Organisirung des Streites in Anspruch nehme.

Durch unsere b. p. soll bewirkt werden, daß der das Decret Erlangende „wenn er vorher stirbt, das beneficium der *b. p.* auf seine Erben transmittirt". Wie ist das zu verstehen? Muß, wenn die Zeit der Ungewißheit d. h. (beim venter plenus) die Zeit der suspendirten Delation vorüber ist, nun noch die Agnition der wirklichen edictalen b. p. erfolgen? — Man sollte glauben, daß die Antwort eigentlich schon in der Frage liege. Ist die Delation noch ganz hinausgeschoben, so hat man ja nicht die facultas bonorum possessionis petendae (Ziff. 26. A. 95.), dann kann also doch auch das tempus der ordinaria b. p. nicht laufen.

sich dies Alles heutzutage stellt, wird im §. 1617. erörtert werden.

Digitized by Google

Und wenn nach dem eben Ziff. 37. a. E. Gesagten auch für den Fall des vacuus venter, also der bloßen subjectiven Unfähigkeit des Erwerbes, eine decretalis b. p. (dem emancipatus) gegeben wird, so gilt dabei für die ordinaria b. p. doch der Satz, daß nicht bloß eine b. p. deferirt sein muß, sondern daß der Berufene auch certus sein muß über eine bestimmte ihm deferirte b. p., sonst cedirt nicht das tempus der b. p. (Ziff. 26. Nr. b. β). Die Fristen der ordinaria b. p. können mithin nicht gelaufen sein. Danach muß man also auch sagen, daß in der Admission der decretalis b. p. die Ertheilung der ordinaria b. p. noch nicht implicite gelegen haben kann. Mithin hat die decretalis b. p. contra tabulas nur die Bedeutung gehabt, daß die in der Admission dieser decretalis liegende Willenserklärung hinterdrein — nach dem Tode des Impetranten, zur Zeit, wo wirklich die b. p. ordinaria c. t. (bezw. sec. tab.) erbeten werden kann, — den diese erbittenden Erben als Erbittung von Seiten des Berufenen selbst angerechnet werden soll. — Dies wird denn auch bestätigt durch das bei anderen provisionellen b. possessiones mit Sicherheit aus den Quellen zu Entnehmende. Es wird sich später zeigen, daß bei der b. p. Carboniana, furiosi nomine und bei der missio ventris nomine außer dem decretum, welches dem impubes, curator furiosi, venter die provisionelle Besitzzuweisung gewährt, immer noch die Erbittung der ordinaria b. p. entweder gleich (wie bei der Carboniana) oder demnächst nach Erledigung des Delationshinderniſſes erforderlich ist [29]). — Ferner erklärt sich

29) Vgl. einstweilen fr. 2. §. 11. 12. ad SC. Tertull. 38. 17. — Ein Gegenargument könnte man zu entneh-

Digitized by Google

erſt auf dieſe Weiſe der Ausdruck des Paulus, daß der Zweck unſerer decretalis b. p. ſei: ut si ante moriatur, *bonorum possessionis beneficium* ad heredes transmittat. Wäre die decretalis ſchon zugleich die Agnition der ordinaria, ſo würde Paulus ſagen müſſen, daß die *bona* auf dieſe Weiſe auf die Erben transmittirt werden [30]). Soll Paulus richtig geſprochen haben (und das iſt doch vorauszuſetzen), ſo können ſeine Worte nur bedeuten, daß die Erben in der richtigen Friſt das beneficium (Bd. I. dieſ. Ser. S. 90.) bonorum possessionis nachſuchen können, und daß ihnen daſſelbe, obgleich ja die Erben des Berufenen an ſich nicht die Berufenen ſind [31]), doch gewährt wird auf Grund der vom verſtorbenen Berufenen in der Zeit des Antretungshinderniſſes abgegebenen Willenserklärung und dementſprechenden decretalen datio des Prätors.

Hiernach handelt es ſich für die claſſiſche Juriſtenzeit nicht, wie jetzt allgemein angenommen wird [32]), um einen im juriſtiſchen Sinn ſchon vom Berufenen ſelbſt trotz des Erwerbshinderniſſes erlangten Erwerb der directen definitiven Univerſalſucceſſion, deſſen Folgen ſich

men geneigt ſein aus der proviſionellen sec. tab. b. p. des bedingt Inſtituirten, bei dem in der ſchwebenden Bedingung ja auch ein Delationshinderniß beſteht, und doch nach Eintritt der Bedingung nicht noch wieder eine erneute Erbittung der b. p. gefordert wird. Allein die Gründe, die dies unnöthig erſcheinen laſſen, liegen darin, daß hier überhaupt keine decretalis b. p. gegeben wird.

30) Vgl. fr. 3. §. 10. de suis et leg.: *hereditatem* ad heredem suum transmittit. (Ziff. 37. A. 19).

31) Fr. 3. §. 7. h. t.

32) S. z. B. Köppen Jahrb. S. 165.

Digitized by Google

dann auf seine Erben weiter zögen. Es besteht vielmehr in der Zeit der Pandektenjuristen eine wahre erbrechtliche Transmission der *b. p. ordinaria*. Der Erbe hat diese, die der Verstorbene noch nicht agnosciren konnte, zu erbitten. Er erbittet sie, selbst nicht gerufen, *ex persona defuncti*, auf Grund der während der Zeit des Hindernisses vom Verstorbenen admittirten decretalen b. p. und darin liegenden prätorischen Zusage. Der practische Unterschied, den diese Auffassung in sich schließt, ist einleuchtend. Wäre die decretale b. p. schon die definitive Erlangung der Universalsuccession, so würden daraus auch die gewöhnlichen Rechtsmittel, wenngleich in der Zeit der Ungewißheit noch sistirt, definitiv gegen die Erben des Verstorbenen, ohne daß sie sich denselben entziehen könnten, gegangen sein. Ist aber durch die vermittelnde Brücke der decretalen datio wirklich, wie Paulus sagt, das *beneficium* der bonorum possessio selbst auf die Erben transmittirt, so steht es, wie bei jeder wahren Transmission, noch ganz im Belieben der Erben, ob sie die ihnen gebotene ordinaria b. p. agnosciren wollen oder nicht. —

Gleich bei diesem ersten hiemit erörterten Fall einer Transmission aus rechtlichem Erwerbshinderniß ist noch auf folgenden Punkt hinzuweisen. Dieser und die noch weiter zu erwähnenden Punkte werden [33]) seit lange, und allgemein auch noch heutzutage,

33) Wohl hauptsächlich veranlaßt durch Worte der Quellen, wie in der obigen Stelle (fr. 84.) bereits eins vorliegt: filio *succurrendum* est. Solche Worte beweisen aber natürlich gar nichts; denn da „decreto" dabei vorkommt, so sieht man, daß hier von i. i. r. gar keine Spur, wohl aber von einer völlig verschiedenen Lehre, der decretalis b. p., die Rede ist. Vgl. A. 38.

Digitized by Google

als zweites Element (neben der oben Ziff. 35. geprüften Transmission auf Grund der absentia rei publicae causa) der *transmissio ex capite in int. restitutionis* vorgetragen. Damit werden diese beiden Elemente als Bestandtheile eines einzigen Instituts, für das ein gemeinsames wissenschaftlich erklärendes Fundament zu suchen wäre, aufgefaßt. Zwar klagt schon Marezoll (a. a. O. S. 62.) über „die leidige Vermischung von Fällen ganz verschiedener Art", aber seine Klage hat, da es an einem Verständniß der provisionellen b. p. mangelte, nichts geändert[34]). Es wird ein wissenschaftliches Begreifen der Transmission „aus rechtlichem Erwerbshinderniß" erst eintreten, wenn man sich entschließt, sie von der ex cap. i. i. restitutionis ganz zu scheiden und, ihr einen eigenen Platz in der Transmissionenlehre einräumend, sie lediglich aus sich selbst zu erklären. Bei der Transmission aus einem Restitutionsgrunde handelt es sich, wie auch schon von Vielen richtig hervorgehoben worden, um factische Hindernisse, die die Nichtantretung veranlaßten. Dabei gilt es, die Humanitätsgrundsätze der Restitutionenlehre walten zu lassen. Bei der Transmission aus rechtlichem Erwerbshinderniß ist die ganz andere wissenschaftliche Aufgabe zu lösen, positivrechtliche juristische Hindernisse des

34) Vgl. auch Mühlenbruch XLIII. S. 179—182, der aber wieder darin die Sache unrichtig faßt, daß er diese ganze Transmission wegen eines juristischen Hindernisses der Antretung als ein Recht auffaßt, wonach allgemein „die Antretungsbefugniß auf die Erben des Berufenen [bei objectivem Delationshinderniß ist er noch gar kein Berufener] geradezu" d. h. ohne alle Vermittelung durch eine prätorische Hülfe übergehen soll.

Digitized by Google

Erwerbens aus dem historischen Entwicklungsgange, den sie bei den Römern genommen haben, zu vollem dogmatischen Verständniß zu führen.

39. — β) Der zweite Fall einer Transmission aus rechtlichem Erwerbshinderniß betrifft einen schon oben mit den zugehörigen Quellenstellen zur Sprache gekommenen Punkt (Ziff. 30.), an den ich hier anknüpfe. Wenn einem Römer sein status pendet dadurch, daß sein Hausvater sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, so ist gemäß der allgemein gewordenen römischen Theorie (Ziff. 30. A. 46.) nach dem in der Gefangenschaft erfolgten Tode des Hausvaters sein zu Haus verbliebenes Kind retro schon seit des Vaters Gefangennahme als suae potestatis gewesen, und also auch als paterfamilias gestorben anzusehen. Es entsteht danach vom Tode des Kindes an bis zu dem später bei den Feinden erfolgenden Tode des Vaters ein Schwebezustand, in welchem für die nächsten Erben des Kindes objectiv es schon juristisch sicher war, daß das Kind als paterfamilias und also auch als Erblasser gestorben sei, in welchem dies aber von ihnen subjectiv wegen des bei den Feinden einstweilen noch fortlebenden Vaters des Kindes nicht gewußt werden konnte. Wir haben hier also dieselbe Sachlage, wie sie in der vorhergehenden Frage der Fall darstellt, wenn die Frau vacuo ventre ist, aber der Nächstberufene nach den Umständen sie für schwanger halten muß. Es besteht kein objectives Delationshinderniß [35]), wohl aber ein sub-

35) Fr. 9. in fin. de castr. pec. 49. 17: *quasi paterfamilias* habebit legitimum successorem. (Vgl. über diese Stelle Hase Jus postlim. S. 208 ff.). Es ist

Digitized by Google

jectives Erwerbsimpediment. Deßhalb muß denn auch diesen quasi paterfamilias Gestorbenen ein suus trotz der subjectiven Ungewißheit gerade so ipso iure beerbt haben, wie für den suus der ipso iure-Anfall nach fr. 84. de acq. her. beim vacuus venter, der für plenus gehalten wird, eintritt (Ziff. 37. A. 19). Dagegen ein extraneus konnte erst von dem Momente an, wo es subjectiv den Betreffenden *certum* esse coepit patremfamilias esse, eine hereditatis aditio vornehmen; und ebenso konnte auch erst von diesem Momente an die Möglichkeit einer Agnition der edictalen b. p. datiren [tunc demum petenda est b. p.; s. das Ziff. 30. citirte fr. 2. §. 3. unde legit.]. Hiemit übereinstimmend sagt denn auch das von einer verstorbenen Mutter [36]), de cuius statu dubitabatur, redende fr. 1. §. 1. ad SC. Tert. (Ziff. 30. a. E.), daß in diesem Momente, wo es certum esse coeperit matremfamilias esse, ihre Kinder zur Erbschaft [d. h. iure civili wie praetorio] admittirt werden. So haben wir, vom Tode der objectiv-sicher als materfamilias Verstorbenen bis zum Tode ihres Vaters draußen bei den Feinden, also so lange es den Berufenen subjectiv-incertum est utrum materfamilias an filiafamilias sit, einen Zwischenzustand. Bei diesem mußte sich dieselbe Frage aufwerfen, wie sie vorher in Betreff des Falles des den vacuus venter für schwanger haltenden emancipatus (Ziff. 37. a. E.) gestellt und be-

nicht mehr unsicher, ob er filiusfamilias oder paterfamilias sei, sondern es ist durch die fictio leg. Corn. objectiv sicher, daß er quasi paterfamilias gestorben ist.

36) Also kann hier nicht von sui heredes die Rede sein.

Digitized by Google

jaht worden ist. Die Kinder der Mutter können in diesem Zwischenzustande ihrerseits sterben, und da sie erst vom Momente der Hebung ihrer subjectiven Ungewißheit zur Erbschaft admittirt werden, so würde ihnen ohne besondere prätorische provisionelle Hülfe durch ihren vor diesem Momente erfolgenden Tod die Erbschaft verloren gehen. Und doch ist diese provisionelle Hülfe, wenn sie sogar gegeben wird bei dem objectiven Delationshinderniß des venter plenus, noch viel näher liegend da, wo den Kindern nur ein subjectives Acquisitionshinderniß im Wege steht. So hat denn in der That der Prätor nach fr. 1. §. 1. cit. dieselbe auch hier zur Anwendung gebracht: unde tractari potest [d. h. damit, daß die Kinder zur hereditas oder b. p. noch nicht admittirt werden, (wie eben vorher gesagt war) oder daß (wie das fr. 2. §. 3. unde leg. sagt) magis est ne possit peti b. p., wirft sich die Frage auf:] an *medio tempore* dum status pendet [37]), ***succurri eis per praetorem debeat, ne si medio tempore decesserint nihil ad heredem transmittant.*** et magis est ***ut subveniatur***, ut in multis casibus placuit. Die Worte succurri und subveniatur (vgl. A. 33.) zeigen von vorn herein, daß es sich um eine außerordentliche Rechtshülfe handelt [38]). Daß diese Rechtshülfe den berufenen

37) Würde der Gefangene zurückkehren, so würde ja überhaupt von der Beerbungsfähigkeit seines Kindes, die man nach der fictio leg. Corn. für den Fall des Todes des Gefangenen retro als objectiv sicher ansieht, gar nicht die Rede sein; es pendirt also noch wirklich der status.

38) Der Jurist bezeugt, daß dieses subvenire damals häufig zur practischen Anwendung gekommen sei (ut in multis casibus placuit). Unrichtig v. Löhr Mag. II.

Digitized by Google

Kindern selbst (und nicht ihren Erben) gegeben wird (succurri *eis*), sagt Ulpian in der unzweideutigsten Weise. Der außerordentliche Charakter der Rechtshülfe harmonirt vollkommen mit dem im ersten Satz der Stelle und in fr. 2. §. 3. unde leg. ausgesprochenen Punkte, daß zu der ordinären Erbfolge der hereditas bez. der edictalen b. p. die Kinder noch nicht zugelassen werden [39]). Ueberhaupt stimmt die Stelle ganz genau mit der Papinianischen Ausdrucksweise in fr. 84. cit. Es wird den Kindern geholfen, damit, wenn sie medio tempore sterben, sie nicht nihil auf ihre Erben transmittiren; und daß dasjenige, was sie transmittiren, das *beneficium* der b. p. ist, zeigte die Paulinische Parallelstelle. Daß aber das, wodurch den Kindern subvenirt wird, ein prätorisches decretum ist, ergiebt wiederum zur Ergänzung unserer Stelle das Papinianische fr. 84. So ergänzen sich diese Stellen zu voller Deutlichkeit.

S. 444, der dies so versteht, als wenn dadurch auf viele andere Fälle einer decretalen b. p. hingedeutet würde (s. auch v. Löhr Mag. IV. S. 421. A. 2).

39) Dies verkennt Köppen Jahrb. S. 166. Indem er die decretale Hülfe und die ordinäre Erbfolge nicht auseinander hält, ist er der Meinung, es würde, wenn man den Kindern selbst die Erbittung jener (decretalen) b. p. in der Zeit der Ungewißheit zusprechen wollte, ein Widerspruch des zweiten Satzes der Stelle mit dem ersten und mit fr. 2. §. 3. unde leg. herauskommen [der Köppen'schen Erklärung hat zugestimmt Windscheid Pand. §. 600. A. 16. Nr. b.]. — Mayer Erbr. S. 320. A. 24. versteht die Stelle in so weit richtig, daß er auf die Kinder selbst das succurri bezieht; aber er irrt darin, daß er damit glaubt in der Stelle das Vorkommen einer Transmission läugnen zu müssen.

Digitized by Google

oder Erwerbshinderniſſe, aber nur auf Grund einer vom Transmittenten (den Kindern des Erblaſſers) in der Behinderungszeit erlangten decretalen b. p.

Hiebei iſt nun aber das römiſche Recht nicht ſtehen geblieben. Wir müſſen zunächſt den Boden des prätoriſchen Rechts verlaſſen, und zwei civilrechtliche [die eine wahrſcheinlich, die andere ſicher auf Kaiſerreſcript beruhende] Beſtimmungen kennen lernen.

a) Nach dem *SC. Silanianum* (10 nach Chr.) ſoll bei einem Erblaſſer, qui a familia occisus esse dicitur, nicht „ante habitam quaestionem" die hereditas adiri und bonorum possessio postulari [40a]). Durch daran ſich anſchließendes Edict iſt beſtimmt, daß nicht vor Erledigung der quaestio de ea familia und dem supplicium de noxiis sumtum Jemand sciens dolo malo aperiendum recitandum describendumve testamentum curet [41]).

Wir haben hier nicht ein objectives rechtliches Delationshinderniß, wohl aber ein ſubjectives rechtliches Erwerbshinderniß ſowohl in Betreff der her. aditio wie der b. possessionis agnitio vor uns. Das Hinderniß dauert bis zur Erledigung der Unterſuchung über die fragliche gewaltſame Todesart des Erblaſſers. Da nur ein Erwerbshinderniß vorliegt, ſo iſt die Sachlage gleichartig der oben beſprochenen, wenn irrthümlich ein postumus (vacuo ventre) erwartet wird.

Für die durch die Dauer der Unterſuchung entſtehende Schwebezeit giebt das römiſche Recht den Nächſtberufenen, die medio tempore ſterben, ein Trans-

40a) Paul. sent. V. 1. §. 1; fr. 2. §. 29., fr. 5. §. 1. de SC. Silan. 29. 5. Mühlenbruch XLIII. S. 471 ff.

41) Fr. 2. §. 18. de SC. Silan.

Digitized by Google

missionsrecht auf ihre Erben. Fr. 4. de SC. Silan. (Pap.): Qui postumos heredes instituerat, non natis postumis uxorem secundo loco scripsit heredem: cum a familia necatus diceretur, uxor diem suum obierat: heredes mulieris actiones ex constitutione [Cuiac.: substitutione? [42])] sibi dari postulabant. eos ita demum audiendos esse respondi, si *mulier, quam in utero nihil gestare constabat*, propter senatusconsultum hereditatem adire noluit: alioquin *praegnate ea defuncta nullam iniuriae querelam intervenisse.* — Ist die Frau wirklich schwanger oder mag man (wie wir nach den obigen Erörterungen hinzusetzen können) sie auch nur dafür halten, so gilt, sagt Papinian, lediglich das alte auf den 12 Taf. und der sich daran anschließenden Formel „quod dicitur" beruhende Recht.

Demgemäß haben, wenn die Frau während des Bestehens des aus wirklicher oder vermeintlicher Schwangerschaft hervorgehenden Impediments gestorben war, ihre Erben gar keinen rechtlichen Grund sich wegen ihres zu

42) Der Ausdruck: ex constitutione ist ungewöhnlich und deßhalb auffallend. Danach erscheint die Aenderung in: substitutione als sehr einladend. Aber andererseits kann man damit das handschriftliche constitutione noch nicht gleich für verderbt erklären (für dessen Aufrechthaltung Mühlenbruch XLIII. S. 177. A. 42. sich ausspricht). In der Sache selbst kann, auch abgesehen von dieser Lesart, nicht wohl bezweifelt werden, daß [wie das Erwerbshinderniß auf die civilrechtliche und prätorische Antretung ging, und die Transmission sich entschieden auch auf den civilrechtlichen Erwerb bezieht] eine civilrechtliche Bestimmung, also doch wohl ein Kaiserrescript, der Grund der Transmission sein muß.

Digitized by Google

frühen Todes zu beklagen, denn unter dieser Voraussetzung giebt es nur jenes prätorische Hülfsinstitut für die Kinder. Das Impediment des SC. Silan. muß ganz rein und mit anderen Impedimenten unvermischt hervortreten. Also Papinian setzt den Fall voraus, daß wohl der Testator an die Schwangerschaft seiner Frau geglaubt und seine etwaigen postumi instituirt hatte, daß aber nach seinem Tode es feststand (constabat), die Frau sei nicht schwanger, die Frau selbst also auch darüber nicht im Zweifel war. Sie hätte daher, da die Institution der postumi nicht in Betracht kam, gleich als substituta die Erbschaft antreten können [43]), wenn nicht das allein in Betracht kommende Hinderniß des SC. Silanianum sie davon abgehalten hätte.

Unter den so genauer limitirten Voraussetzungen haben, nach dem Tode der Frau während des bestehenden Erwerbshindernisses, ihre Erben das Transmissionsrecht. Es geht nach den Worten der Stelle auf die hereditas aditio, aber da auch die b. possessionis petitio durch das SC. Silanianum suspendirt ist, so wird unbedenklich zuzugestehen sein, daß die Erben (innerhalb des, nach beendigter Untersuchung gegen die Sklaven, cedirenden dies) ebenfalls zur Erbittung der b. p. admittirt wurden. In Betreff aber der her. aditio, von der Papinian redet, stellt sich die Sache so, daß die Erben gleich die actiones der Frau, die sie gehabt hätte, wenn sie die Erbschaft hätte antreten können, als utiles in Anspruch nehmen, indem darin gleich das ihnen aus der Person ihrer Erblasserin zufließende Recht des pro herede gerere bethätigt ist [43a]). Werden ihnen also diese Klagen gewährt (wie

43) Fr. 30. §. 5. de acq. her. 29. 2.

43a) Danach wäre anzunehmen, daß sie vor dem Auftreten

Digitized by Google

das Papinian bejaht), so liegt darin auch zugleich die practische Anerkennung der Transmission.

Ganz übereinstimmend mit Papinian spricht sich Ulpian, durch Mittheilung eines Citates aus Scävola, über unseren Fall aus. Fr. 3. §. 30. eod.: Eleganter Scaevola ait, ut quis *ad heredem suum utiles actiones transmittat, si forte ante aditionem decessit*, exploratum esse debere idcirco eum non adire, quod senatusconsulto edictoque terreatur. §. 32. Si et aliud impedimentum sit de non adeunda hereditate vel aperiendarum tabularum [44]), sit et senatus consulti, nihil prodesse impedimentum senatusconsulti, si et aliud fuit: veluti si praegnas uxor occisi fuit vel etiam putabatur et propterea adire hereditatem institutus non potuerit. Ulpian (Scävola) führt hier zwei Beispiele von rechtlichen Erwerbshindernissen an: das Papische bis zur Testamentseröffnung bestehende und das schon bei Papinian angegebene des erwarteten postumus. In Betreff des letzteren macht Ulpian (was eben beim fr. 4. de Sc. Sil. bereits supplirt wurde) auf die beiden Fälle des plenus (objectives Delationshinderniß) und vacuus ven-

mit solcher utilis actio andererseits von den Erbschaftsgläubigern noch nicht belangbar waren.

44) Scävola deutet hiemit auf das im Papischen Gesetz angeordnete Erwerbsimpediment des nicht allein zu Erben Eingesetzten vor Eröffnung des Testamentes. Mühlenbruch XLIII. S. 179. 204. 206; vgl. oben Ziff. 26. A. 11. Daß, wenn ein solcher ante apertas tabulas starb, keine Transmission der Quote auf seine Erben statt fand, beweist sich mit voller Sicherheit dadurch, daß dies erst durch Einführung der transmissio Theodosiana geändert worden ist.

Digitized by Google

ter (subjectives Erwerbshinderniß) aufmerksam, und bestätigt für alle Fälle das Respons Papinian's, daß das Silanianische Erwerbshinderniß nur da in Betracht komme, wo keinerlei anderes Erwerbs- oder Delationshinderniß besteht. Auch Scävola spricht von der Silanianischen Transmission nur in Betreff der hereditatis aditio; auch er gibt an, daß der juristische Weg, auf dem sich (für den civilen Erwerb) diese Transmission vollzieht, in der Geltendmachung der utiles actiones von Seiten der Erben des Berufenen besteht.

Papinian, Scävola und Ulpian erkennen gleichmäßig an, daß diese Silanianische Transmission auf alle Erben (nicht bloß die Kinder) geht.

β) Ein zweiter auch auf den civilrechtlichen Erwerb sich erstreckender Transmissionsfall ist durch Rescript des Marcus eingeführt. Er wird in zwei Pandektenstellen, von Papinian und Ulpian, erwähnt. Die Papinianische lautet: Fr. 42. §. 3. de bon. lib. 38. 2: Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum atque ita res per appellationem extracta esset, *defuncta medio tempore patroni filia*, quam libertus heredem instituerat, filio [45]) mulieris servavit divus Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel iure intestati, si vixisset, habere potuit. Wie bei dem Silanianischen Sct. die Untersuchung gegen die Sklaven, so ist hier der Proceß, ob ein *falsum*

45) In der Ulpian'schen Stelle (fr. 6. §. 1. eod.) heißt es: *heredibus* eius divus Marcus subvenit, ut id haberent, quod haberet patroni filia, si viveret. Man sieht also, daß auf das filius kein Gewicht zu legen, mithin das Transmissionsrecht nicht bloß den Kindern, sondern allen Erben zu gewähren ist.

Digitized by Google

testamentum vorliege, die Ursache des Schwebezustandes. Die im Testament Instituirte ist auch ab intestato partiell erbberechtigt [46]; mag sie in dem Proceß über das falsum testamentum siegen oder verlieren, so wird sie, wenigstens auf einen Theil, gerufen sein, und nach beiden Seiten hin soll, wenn sie während des Processes stirbt, sie ihr Recht auf die Erben transmittiren [47]. Das Moment der Erbberechtigung für beide Seiten der Eventualität ist das Gleichartige mit dem obigen Fall der ihr Recht bei Erwartung eines postumus transmittirenden Geschwister, und wenn man dies Moment für die eigentliche ratio des Rescripts ansehen darf, so hat es Grund, mit Mühlenbruch den Fall nicht für eine (heutzutage unanwendbare) Begünstigung des Patronatsverhältnisses anzusehen, sondern in ihm einen allgemeineren und heute verwendbaren Satz zu finden. Den nämlich: stets wenn ein nächster Intestaterbe zugleich instituirt ist, und das Testament als unächt angefochten wird, so daß der Instituirte zunächst nicht antreten kann, so transmittirt er beim Tode medio tempore [48] auf seine Erben sein testamentarisches bez.

46) Mühlenbruch XLIII. S. 175. f.

47) So richtig Mühlenbruch S. 176. — Windscheid a. a. O. A. 16. Nr. o. scheint im Hinblick auf diesen Fall die Transmission auf den Theil zu beschränken, in welchem beide Berufungsgründe übereinstimmen.

48) Fr. 46. fr. 93. pr. de acq. her. 29. 2. . . . certus esse debet an . . testamento an ab intestato heres existat. Dieser Satz gilt ebenso für's Civilrecht wie für die edictale b. p. (Ziff. 26.). L. 1. C. de b. p. sec. tab. 6. 11. — Wir haben hier wieder ein subjectives Erwerbshinderniß, kein objectives Delationsimpediment, denn wenn das Testament als ächt

Digitized by Google

inteſtates Erbrecht. So nämlich wird man den Satz, wenn man das Reſcript nicht in das Gebiet des Patronatsrechtes verweiſt, faſſen müſſen [49]).

Da die Erben das haben ſollen, was der Transmittent „haberet si viveret“, ſo iſt in Betreff der practiſchen Realiſirung des Transmiſſionsrechtes wohl auch hier, wie beim vorigen Fall, einfach der Uebergang der utiles actiones anzunehmen.

41. — c) Das prätoriſche Recht hatte in den unter Nr. a. (Ziff. 36—39.) entwickelten Fällen zunächſt nur den Gedanken zur Ausführung gebracht, daß bei gewiſſen Erwerbshinderniſſen eine Transmiſſion der edictalen b. p. dann möglich ſei, wenn der Transmittent vor ſeinem medio tempore erfolgten Tode eine decretale b. p. erwirkt hatte. Materiell lag darin, daß

ſich erweiſt, ſo gilt die Delation daraus als von Anfang beſtehend und umgekehrt. — Das Hinderniß iſt auch überhaupt kein reales, ſondern ein mentales, d. h. es reicht nur ſo weit, als nach den factiſchen Umſtänden der actuelle unmittelbare Beherrſchungswille über die Erbſchaft, der in der Antretungshandlung liegen muß, noch nicht möglich iſt, alſo in ſoweit der Berufene (um die Worte einer anderen Stelle hier zu gebrauchen) „ob litem in dubio constitutus“ iſt. Wofern daher der inſtituirte Inteſtaterbe völlig ſicher iſt, daß das Teſtament gültig oder umgekehrt falsum ſei, ſo iſt ſeine Antretungshandlung eine gültige. Fr. 30. §. 8. de acq. her. 29. 2: *Si certus sum*, non esse falsum testamentum, . . . licet dicatur esse, possum adire hereditatem.

49) Daſſelbe meint auch wohl Mühlenbruch a. a. O. mit den Endworten der Nr. c., obgleich dieſelben mehrdeutig ſind.

Digitized by Google

(was Mühlenbruch in anderem Sinn als Erforderniß postulirt hat Ziff. 35. A. 9.) der Transmittent seinen Willen bethätigt haben mußte, er würde die Erbschaft erworben haben, falls nicht das Hinderniß im Wege gestanden hätte. — In dem Silanianischen Transmissionsfall, an den sich der des Marcus als gleichartig anschließt, tritt (auch für das Civilrecht) der weitergehende Satz auf, daß diese Willensbethätigung des Transmittenten gar nicht nöthig sei, vielmehr es lediglich des Willens seiner Erben bedürfe, um die Delation von dem medio tempore gestorbenen Transmittenten auf sich herüber zu leiten. — Es mag dem Einfluß dieses Silanianischen Falles zuzuschreiben sein, daß derselbe Satz auch auf das Gebiet des lediglich prätorischen Rechts herübergezogen worden ist, man also das Erforderniß der vom Transmittenten noch vor seinem Tode admittirten provisionellen b. p. fallen ließ. Wir besitzen hierüber zwei Digestenstellen.

α) Die eine bezieht sich auf den oben besprochenen Fall des Delations- oder Erwerbshinderniſſes in Folge der Erwartung eines postumus. Sie schließt auch in den Digesten gleich an die in Ziff. 37. erörterte Stelle an. Fr. 5. de b. p. c. t. (Julian.): Sed et si decesserint antequam peterent bonorum possessionem [d. h. die decretalis], non est iniquum *praetorem decernere* heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis [d. h. das beneficium der b. p. edictalis] secundum tabulas vel contra tabulas. Es ist wohl zu beachten, daß der Jurist sagt: *salvum fore;* also die Agnition der edictalen b. p. c. t. bez. sec. tab. liegt noch in der Zukunft. Der Jurist denkt sich mithin, daß die Erben gleich nach dem Tode des Transmittenten sich an

Digitized by Google

den Prätor wenden (denn sicherlich hat das decernere des Prätors nicht stattgefunden, ohne daß er darum angegangen wurde), und erst noch dieselbe decretale Zusicherung der demnächstigen edictalen b. p. erhalten, welche der Prätor auch ihrem Erblasser gegeben haben würde, wenn er nicht zu früh gestorben wäre. Die Nothwendigkeit der Ertheilung erst noch der decretalen b. p. auch an die Erben mußte sich besonders deutlich in dem oben Ziff. 39. Nr. γ. angegebenen, dem postumus gleichstehenden Falle des rückerwarteten gefangenen Bruders herausstellen. Hier erhielten die Erben der daheim verstorbenen Geschwister erst durch die decretale b. p. die nöthige Sicherheit, daß ihnen die möglicherweise nach vielen Jahren cedirende edictale c. t. bez. sec. tab. demnächst nicht entgehen werde.

β) Die zweite Stelle ist eine vielbesprochene, deren Verständniß aber bisher wohl noch nicht ausgeschöpft worden ist. Ich schicke einige erklärende Bemerkungen voraus. Wenn Jemand, der als legitimer Sohn eines Erblassers bisher gegolten hat, von einem Gegner für ein untergeschobenes Kind erklärt wird, so entsteht die Nothwendigkeit eines Processes, der bekanntlich, wenn das Kind noch unmündig ist, bis zur Pubertät desselben hinausgeschoben werden soll. Wir haben hier also auch einen durch Proceß hervorgerufenen Schwebezustand, ähnlich jenen durch die Silanianische Untersuchung und den Proceß über die Testamentsunächtheit (Ziff. 40.) hervorgerufenen Hindernissen. Nur ist im vorliegenden Fall die Suspension besonders drückend, da sie (wie bei der eben unter α. a. E. erwähnten Eventualität) auf lange Jahre hinaus sich fortziehen konnte. Die Suspension hat nun im Genaueren folgenden Charakter. Dem Kinde wird, ohne einstweilige

Digitized by Google

Rücksichtnahme auf die erhobenen Zweifel, einfach als wenn es sicher ein legitimes wäre (exemplo legitimi) die b. p. Carboniana gegeben, und es kann daneben auch gleich die ordinaria b. p. c. t. agnosciren, falls es sich in seinem Notherbenrechte für verletzt erklärt [50]). Durch die erlangte ordinäre b. p. c. t. wird nun aber dem im Testamente des Erblassers Eingesetzten, der das Kind für untergeschoben erklärt, unmöglich gemacht, sec. tab. b. p. zu agnosciren, denn: praetor voluit *primo* ad liberos b. possessionem c. t. pertinere, mox *si inde non sit occupata*, iudicium defuncti sequendum [51]). — Ebenso ist es auch, wenn wir uns den Gegner, der das Untergeschobensein des Kindes behauptet, als denjenigen denken, der abgesehen von dem Kinde als der Nächststehende „intestati possessionem habere potuerit". Denn wenn der Erblasser kein Testament hinterlassen hat oder daraus keine sec. tab. zu erbitten ist, so agnoscirt das Kind, dessen Legitimität angefochten wird, neben der Carboniana wiederum an erster Stelle die edictale oder ordinäre b. p. intestati, und hindert dadurch den dann zunächst zur intestaten b. p. Berechtigten an der Agnition derselben [52]).

50) Fr. 2. §. 12. ad SC. Tert. 38. 17; fr. 1. pr. §. 3; fr. 3. §. 14—16. de Carb. ed. 37. 10.

51) Fr. 2. pr. de b. p. sec. tab. 37. 11.

52) Fr. 6. §. 2. de Carb. ed. 37. 10: Huic autem edicto locus est *etiam si ab intestato* ad b. possessionem veniant liberi; fr. 7. §. 6. eod.: Interdum etiam exheredatus filius ex Carboniano decreto b. possessionem accipiet. si non c. t. petit b. possessionem, sed *ab intestato unde liberi* (quia neget tabulas testamenti tales esse, ut secundum eas b. p. dari possit) et dicatur non esse filius; fr. 1. §. 4.

Digitized by Google

Das Hinausschieben und Schweben des Processes über die Legitimität des Kindes muß hiernach auf die ordinäre Erbfolge folgende hindernde Bedeutung haben. Die Carboniana b. p. ist eine solche, die mit der bestimmten Zeit von selbst erlischt (tempore finitur). Sie hat also, allein agnoscirt, für den Nächststehenden nur dilatorisch hindernde Kraft, sie bildet lediglich ein einstweiliges „subjectives Erwerbshinderniß“ [53]). Dagegen hat das Kind neben der Carboniana an erster Stelle auch die edictale (oder ordinäre) b. p. agnoscirt, so besteht dadurch für den Nachstehenden rücksichtlich seines prätorischen Erbrechts (sec. tab. bez. intestati b. p.) volles „objectives Delationshinderniß.“ Indeß rücksichtlich der Civilerbfolge ist es anders. Die durch Hinausschieben des Legitimitätsprocesses entstehende Suspension ist ein lediglich prätorisches Institut. Es entsteht dadurch nicht, — wie aus den 12 Taf. für den erwarteten postumus, und den Kaiserrescripten für die Untersuchungszeit über die Ermordung des Erblassers oder die Unterschiebung des Testaments, — ein rechtliches Delations- oder Erwerbshinderniß rücksichtlich der hereditatis aditio. Also der hinter jenem möglicherweise untergeschobenen Kinde stehende Gegner kann an sich rechtlich trotz jener Suspension des Processes die *her. aditio* (aus dem Testament bez. der

si tab. test. null. 38. 6: Sed [et] si ex Carboniano edicto b. p. data sit, magis est, ut dicere debeamus ab intestato nihilominus posse peti; ut enim suo loco ostendimus, *non impedit b. possessionem edictalem* Carboniana b. p. (Ganz mißverstanden ist letztere Stelle von Mayer Erbrecht S. 313. A. 12.).

53) Fr. 2. §. 12. ad SC. Tertull. 38. 17.

Digitized by Google

Inteſtatberufung) vornehmen, wofern es ihm nicht einestheils aus ſeiner eigenen erbrechtlichen Stellung unmöglich iſt („iure cessante“) — alſo wenn er nur in einem ſ. g. prätoriſchen Teſtamente eingeſetzt iſt, bez. ab intestato in einer rein prätoriſchen Klaſſe ſteht, — oder wofern er nicht andererſeits durch den eigenen factiſchen Zweifel über die im Proceß demnächſt zu entſcheidende Sache, alſo durch mentales Hinderniß, von der Vornahme der her. aditio ausgeſchloſſen iſt (A. 48.).

Nunmehr wird unſere Stelle verſtändlich ſein. Fr. 12. de Carb. ed. (Papin. l. 15. quaest.): Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit exemplo legitimi [54]), *secundum tabulas interim accipere non potest.* quodsi medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem ha-

54) Das Wort legitimus (sc. filius) ſteht hier im Gegenſatz zu subiectus, gleichartig wie auch ſonſt der legitimus filius dem naturalis entgegengeſetzt wird; fr. 45. pr. de vulg. et pup. 28. 6. — Im Uebrigen iſt die ganz übereinſtimmende Ausdrucksweiſe Papinian's (l. 13. quaest.) in fr. 42. §. 2. de bon. lib. 38. 2. zu beachten: cum filius liberti impubes, qui subiectus dicitur, ex prima parte bonorum possessionem accipiat, an patronus defuncti possessionem accipere possit, quaesitum est. et sine dubio qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim: cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur accipere non potest. plane si contra eum qui subiectus dicitur fuerit iudicatum, data non intelligitur. Auf dieſe Worte folgt dann in §. 3. die Mittheilung des oben Ziff. 40. Nr. β. beſprochenen Transmiſſionsfalls.

Digitized by Google

bere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit: quid enim si non potuerunt *adire hereditatem* iure cessante vel ob litem in dubio constituti.

Papinian spricht zunächst nur von dem dem impubes gegenüberstehenden scriptus heres, nachher fügt er ihm noch den durch den impubes an der nächsten b. p. ab intestato Gehinderten bei. Von Beiden gilt danach der Satz, daß sie, wenn der impubes aus dem vorstehenden Edict die b. p. ordinaria erbeten hat, *interim* bonorum possessionem accipere non possunt. Von der edictalen b. p. also sind sie ganz ausgeschlossen. Die hereditatis aditio dagegen können sie nur iure cessante oder ob litem in dubio constituti nicht vornehmen. Gerade aber wenn sie in dieser Weise auch von der her. aditio keinen Gebrauch machen können, ist es besonders einleuchtend, daß eine außerordentliche Hülfe für ihre Erben eintreten muß, wenn sie medio tempore gestorben sind. Um welche Hülfe es sich hier handelt, kann nach den früher betrachteten Stellen nicht zweifelhaft sein. Es ist die *decretalis b. p.* Diese wird hier ohne Weiteres von Papinian, so wie in dem fr. 5. de b. p. c. t., den Erben des testamentarisch bez. intestaten Berechtigten gegeben. Wir können daraus unbedenklich den Schluß ziehen, daß die Erben auch hier wie im fr. 5. cit. zunächst die decretalis b. p. und damit das Anrecht erhalten, später (vielleicht erst nach langen Jahren) die edictale b. p. agnosciren zu dürfen. Da dies Ganze ja aber ex persona defuncti gewährt wird, so ist ohne Frage gerade so, wie dies im fr. 4. §. 3. und fr. 5. cit. aneinandergeknüpft wird, auch zunächst der testamentarisch bez. intestat Berechtigte selbst für den Fall seines To-

Digitized by Google

des befugt, die decretalis b. p. zu erbitten, und dies Recht ist denn nur auch seinen Erben zugestanden worden. —

Dieser einfache und mit den übrigen bisher betrachteten Stellen völlig harmonirende Sinn unseres Fragments wird ganz verdunkelt, wenn man nicht die oben angegebene (auch von der Kriegel'schen Ausgabe befolgte) Interpunction annimmt, sondern statt hinter die Worte exemplo legitimi, vor dieselben ein Komma setzt. Dann also soll Papinian sagen: scriptus heres .... *exemplo legitimi secundum tabulas* [bonorum possessionem] interim accipere non potest. In dieser Weise interpungiren überwiegend die neueren Schriftsteller [55]), so auch die Beck'sche und die Mommsen'sche Ausgabe. Der Sinn der so herauskommenden wunderlichen Redeweise soll nach Pothier und Mühlenbruch der sein: der scriptus kann einstweilen die b. p. sec. tab. nicht erhalten, „wie in ähnlicher Weise auch ein auf den impubes folgender Intestaterbe (legitimus sc. heres), wenn jener eine b. p. unde liberi erhalten hätte, einstweilen an der Agnition der b. p. in seinem Grade verhindert sein würde." Aber das paßt nicht, denn hier ist das Charakteristische gar nicht, daß

55) Marezoll a. a. O. S. 64; Mayer Erbr. S. 313. A. 12; Mühlenbruch XLIII. S. 168; Windscheid Pand. §. 600. A. 16. — Andere setzen (v. Löhr Mag. II. S. 448.) Fabricius B. P. S. 174; Huschke Richterſche Z. 1839. S. 29.) vor und hinter exemplo legitimi ein Komma; Pothier Pand. Iust. ad tit. de Carb. ed. Nr. 25. interpungirt vor: exemplo legitimi Semikolon, dahinter: Komma. — Die richtige Interpunction bei Köppen Jahrb. S. 152. A. 86. (vgl. noch Ziff. 20. A. 34.)

Digitized by Google

der *legitimus* (heres), sondern daß der zunächst zur b. p. Berechtigte (der „qui intestati possessionem habere potuerit," — der ja auch in einer bloß prätorischen Klasse stehen kann) durch den impubes gehindert wird. Und außerdem ist es ja auch ganz unrichtig, daß die Hinderung der b. p. sec. tab. durch die agnoscirte c. t.: *exemplo* dessen geschähe, daß die entferntere Intestatklasse durch die agnoscirte nähere b. p. ab intestato gehindert wird.

Ferner werden nun aber die Schlußworte ganz mißverstanden. Der Jurist sagt, die decretale Hülfe ist dann besonders einleuchtend, wenn die Nächststehenden abgesehen von der ihnen verschlossenen b. p. auch nicht die civilrechtliche Antretung vornehmen konnten: *si* non potuerunt *adire hereditatem*. Darin liegt, daß sie, wenn nur iure civili berufen (also wofern nur nicht ius cessat) an und für sich dazu fähig sein können. Und das ist ja auch in den Schlußworten deutlich ausgedrückt. Wenn die Nachstehenden völlig ihrer Sache sicher sind, daß der voran zur b. p. zugelassene impubes untergeschoben worden war, so ist auch ihre her. aditio, die sie sogleich vornehmen, eine rechtsgültige (vgl. auch A. 48.), gerade so gut wie die her. aditio gilt, wenn man seiner Sache völlig sicher ist, daß die vorgeschobene Schwangerschaft einer Frau, von der ein postumus erwartet wird, nicht existirt [56]). Sind dagegen die Nachstehenden *ob litem in dubio constituti*, so können sie wegen des darin liegenden mentalen Hinderniſſes nicht die her. ad. vornehmen. — Statt dieses einfachen Sinnes der Schlußworte wird darin mit Unrecht heutzutage öfter die Angabe eines

56) Fr. 30. §. 5. de acq. her. 29. 2.

Digitized by Google

allgemeinen Rechtsprincips gefunden, daß überhaupt „jede wirksame her. aditio bis zu ausgebrachter Sache behindert wird“ [57]).

42. — d) Nach der unter Nr. a—c durchgeführten Darstellung der einzelnen eine Transmission auf Grund eines rechtlichen Erwerbshinderniſſes enthaltenden Quellenstellen wird es nöthig sein, noch einige das Ganze zusammenfassende Fragen aufzuwerfen und zu beantworten.

a) Die vorgeführten Stellen machen den Eindruck eines Conglomerats von Einzelfällen, bei denen natürlich zunächst die Frage sich aufdrängt, ob sie durch ein gemeinsames reguläres Rechtsprincip mit anderweiten Rechtsbestimmungen verbunden seien, und welches dies sei?

Was in dieser Hinsicht aus den Stellen abgeleitet worden, ist Folgendes. Man hat, wie ich oben bemerkte, schon seit lange die Transmission aus rechtlichem Erwerbshinderniß mit der ex capite in integrum restitutionis zum Schaden Beider zu einem einzigen Institute zusammengeworfen [58]). Früher ist dies mehr in dem Sinne geschehen, daß es sich hier nur um eine Zusammenstellung singulärer einander ähnlicher Fälle handele. Neuerdings ist aber, in dem an sich anzuerkennenden Streben das Unbefriedigende der bisherigen Auffassung zu überwinden, der weitere Schritt versucht

57) Mühlenbruch XLIII. S. 170. Sintenis §. 204. A. 8. Köppen Jahrb. S. 152.

58) Ganz durcheinander gemischt und mit noch anderen gar nicht dahin gehörigen Fällen verbunden, werden sie von v. Löhr Mag. IV. S. 421. A. 2. unter den Gesichtspunkt der *decretalis* b. p. gestellt.

Digitized by Google

worden [59]), ein wirkliches Rechtsprincip aus den Einzelnheiten herauszuarbeiten. Windscheid formulirt dies so: es kann der Grund, aus welchem der Berufene die Erbschaft nicht erworben, ein Wiedereinsetzungsgrund sein; alsdann können seine Erben zum Erwerbe der von ihm nicht erworbenen Erbschaft auf dem Wege der i. i. r. gelangen. Dies gilt auch für den Fall, wo er gestorben ist, ohne seinerseits das Recht verloren zu haben, und zwar nach den Quellen (abgesehen von dem nicht mehr anwendbaren Silanianischen Fall) für die zwei Fälle, wo die Erbschaft wegen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten oder wegen Ungewißheit der Berufung [60]) nicht erworben worden ist. Diese zwei Fälle sind der Ausdruck des Princips, daß die Erben des Berufenen ein Recht auf i. i. r. stets haben sollen, wenn der Berufene an dem Erwerbe durch einen Grund gehindert worden ist, welcher nach dem Ermessen des Richters die Hülfe als billig erscheinen läßt, mit Ausnahme des Falls des Irrthums [61]). — Windscheid räumt offen ein, daß in dieser Hinsicht die Quellen kein ganz reines Resultat gewähren, daß eine

59) Köppen a. a. O. Windscheid a. a. O.

60) Köppen Jahrb. S. 152. bezeichnet dies als die „Transmission aus dem Grunde des Zweifels über die Existenz des Erbrechts".

61) Aehnlich wird es gemeint sein, wenn Brinz Pand. S. 825. den Erben des Delaten die i. i. r. stets einräumt, wenn dieser „aus ächter Noth die Erbschaft bei Lebzeiten nicht mehr antreten konnte"; und den Fall, wo der Delat von der Delation nichts wußte, als Fall, wo er nicht antreten konnte, also als Fall ächter Noth, behandelt. — Der Begriff „ächte Noth" ist sehr vieldeutig.

Digitized by Google

historische Entwicklung sich in ihren Entscheidungen nicht erkennen lasse; aber man werde sagen müssen, daß der überwiegende Zug des römischen Rechts auf Gewährung einer Hülfe bei Ungewißheit der Berufung gegangen sei.

Dem entgegen hat uns die obige Beweisführung zu dem Resultate geführt, daß die Transmission wegen eines Restitutionsgrundes und wegen eines rechtlichen Erwerbshindernisses ganz verschiedene Dinge sind. Jene ist nach dem Humanitätsprincip der i. i. r. in der That einer größeren Ausdehnung fähig, als der Buchstabe der Quellen reicht. Aber der Richter bewegt sich dabei in Handhabung bekannter Aequitätsgrundsätze auf völlig anderem Boden, als auf dem die Lehre von der Transmission wegen rechtlicher Erwerbshindernisse ruht. Von vorn herein ist schon die äußere Erscheinung beider Lehren ganz verschieden. Bei der Transmission wegen i. i. r. ist, wie überhaupt in der Lehre von der i. i. r., der Richter das lebendige Organ, welches, allerdings nach gewissen leitenden Grundsätzen, doch aber immer noch ein bedeutendes Maaß von Aequitätsermessen bei Beurtheilung factisch entschuldbarer Zustände walten läßt, und welches vom Transmissar um seine Gewährung angegangen werden muß. Bei der Transmission wegen rechtlicher Erwerbshindernisse vollzieht sich [wie für die civilrechtlichen schon bei den Römern hervortritt, und bei uns — was gleich noch weiter zu besprechen sein wird — durch Wegfall der decretalen b. p. allgemein anzunehmen ist] die Transmission nach Rechtssatz von selbst und es kann nur nachher in gewöhnlicher Weise über ihr Begründetsein im erbrechtlichen Proceß eine richterliche Entscheidung erfolgen [62]).

62) Vgl. auch Mayer Erbr. §. 113. A. 23. a. E.

Digitized by Google

Die Gründe, auf die sich ein rechtliches Erwerbshinderniß stützt, sind, nach den oben gegebenen Einzeluntersuchungen der Fälle, folgende:

aa) Beim erwarteten postumus, dem historischen Anfangspunkt der ganzen Lehre, ist die ratio der 12-Tafel-Bestimmung lediglich das Interesse des postumus [63]). Daher objective Delationssuspension. Erst die Interpretativ-Formel „quod dicitur" fügt ein bloßes subjectives Erwerbshinderniß in Betreff der Zeit des irrthümlichen Glaubens an die Schwangerschaft für den „in dubio constitutus" hinzu.

bb) Beim Erwarten des Todes des in feindlicher Gefangenschaft befindlichen paterfamilias eines Erblassers besteht lediglich subjectives Erwerbshinderniß für den nothwendig „in dubio constitutus" („incertus utrum materfamilias an filiafamilias sit").

cc) Die übrigen Fälle gehören alle unter den Gesichtspunkt, daß der Ausgang einer Untersuchung, eines Processes abgewartet werden soll. Untersuchung über die Ermordung des Erblassers, Proceß über die Aechtheit des Testaments, über die Legitimität des Kindes. Bei der Untersuchung über die Ermordung besteht lediglich subjectives Erwerbshinderniß, aber ohne daß irgend der Berufene über seine Berufung „in dubio constitutus" wäre; beim Proceß über die Testamentsunächtheit besteht subjectives Erwerbshinderniß für den möglicherweise „in dubio constitutus" [A. 48.];

63) Fr. 3. si pars her. pet. 5. 4.: Antiqui libero *ventri ita prospexerunt*, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent. — Parallel denn auch die Frage vom rückerwarteten gefangenen Kinde; Ziff. 39. Nr. *γ*.

Digitized by Google

beim Proceß über die Legitimität des Kindes besteht, was die Hauptsache ist, in Folge der vom Kinde erbetenen ordinaria b. p. objectives Delationshinderniß für die nachstehende Klasse der b. p. [worin der eigentliche Grund der Zulassung der Transmission liegt; wozu als bestärkender Grund hinzutritt, daß auch die her. aditio ganz ausgeschlossen, oder für sie der Berufene möglicherweise „in dubio constitutus" sein kann].

Man sieht also: die Frage von dem „in dubio-Constituirtsein" [oder der „Ungewißheit der Berufung"] spielt allerdings an mehren Punkten in unsere Lehre als mitbegründend hinein, aber sie ist nicht alleinig leitendes Princip derselben.

β) Dabei ist aber doch Windscheid durchaus darin beizustimmen, daß er es „für am wenigsten zulässig erklärt, wenn man [wie von vielen Schriftstellern geschehen [64])] auf die Ziehung eines Endresultates ganz verzichten, und casuistisch bei den Entscheidungen der einzelnen Stellen stehen bleiben wollte". Es fragt sich also, welche Grundgedanken in Wirklichkeit den historisch lose sich aneinander knüpfenden Fällen gemeinsam sind, und zur analogen Verwendung auf andere gleichartige Fragen benutzt werden dürfen?

Von vorn herein ist klar, daß nicht jedes rechtliche Delations- oder Erwerbshinderniß durch die Hinterthür einer zugestandenen Transmission umgangen werden kann. Man würde damit auf der schiefen Ebene, die wesentlichsten Bestimmungen des Erbrechts zu elidiren, ohne Halt weiter getrieben werden. Also insbesondere: der Tod des Erblassers ist die Grundvoraussetzung, daß von einer Berufung die Rede sein könne; man kann nicht

64) Mühlenbruch S. 197 ff.; Sintenis §. 204. A. 8. a. E.

Digitized by Google

das erblasserische Leben als ein rechtliches Delationshinderniß betrachten, das bei während dessen erfolgendem Tode des Nächststehenden eine Transmission auf seine Erben und etwa auch eine vor diesem Tode gewährte decretale b. p. gestattete [65]). Ebenso: wenn der Erblasser gestorben, aber erst noch eine Berufung an einen Näherstehenden in der Schwebe ist, so kann nicht während dessen für den Todesfall des Nachstehenden von decretaler b. p. und von Transmission auf dessen Erben die Rede sein [66]). Ferner: wenn Jemand unter einer

65) Ziff. 26. A. 96. Fr. 94. de acq. her. 29. 2: (Qui superstitis bona repudiat), *post mortem eius* adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur. Nur die nach des Erblassers Tode vorgenommene Antretungshandlung kommt in Betracht, das bei seinen Lebzeiten über die Beerbung Erklärte hat gar keine erbrechtliche Bedeutung. — Vgl. auch den Fall bei Seuffert Arch. XI. Nr. 162. S. 247, wodurch „der Erbe an der Antretung dadurch verhindert worden, daß die Todeserklärung des Erblassers noch nicht erfolgt ist, also das rechtliche Hinderniß in der Ungewißheit bestand, ob die Erbschaft bereits eröffnet und dem Erben deferirt sei, ob insbesondere der Verschollene bereits wirklich todt und ohne Leibeserben verstorben sei".

66) Dies gilt sogar dann, wenn dem Nachstehenden aus anderem Grunde in der Zwischenzeit eine provisionelle b. p. zu Theil geworden ist. Ein dahin gehöriger Anwendungsfall wird später (§. 1604.) noch genauer besprochen werden: wenn durch einen Nächstberufenen, der aber wahnsinnig ist, die Weiterdelation suspendirt wird, und der Curator des Wahnsinnigen die Erbittung der (in der classischen Zeit: decretalen) b. p. für die Zwischenzeit ablehnt, so kann der Nachstehende (Substitut) die provisionelle b. p. erhalten. Stirbt

Digitized by Google

Bedingung eingesetzt ist und auch für die Schwebezeit die provisionelle b. p. sec. tab. erhalten hat, so steht doch fest, daß er den Moment der Delation erleben, daß also die Bedingung vor seinem Tode eingetreten sein muß; stirbt er vorher, so kann trotz erlangter provisioneller b. p. eine Transmission auf seine Erben nicht stattfinden [67]). Also es bleibt überhaupt bei der allgemeinen Regel, daß der Berufene nur eine *adita* hereditas auf seine Erben transmittirt [68]), mithin eine Transmission nicht eintritt, wenn wegen eines wirklich und ohne falsche Voraussetzungen vorhandenen Impedimentes die Möglichkeit der Adition, nämlich die Delation [69]) rechtlich gehindert ist.

er nun aber medio tempore, so kann er trotz seiner provisionellen b. p. die Erbschaft nicht auf seine Erben für den Fall des Todes des Wahnsinnigen transmittiren, sondern die bona sind den *ceteri* herauszugeben, welche beim Tode des Erblassers hinter ihm (dem Substituten) standen, bei Wegfall der Schwebezeit aber (wenn der perpetuo furiosus gestorben ist) die Nächstberufenen des ersten Erblassers sind; fr. 1. de b. p. furioso. 37. 3.

67) Römer Grundz. des Würtemb. Erbr. S. 59.

68) L. un. §. 5. C. de caduc. toll. 6. 51: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur. (Ziff. 35. A. 98.)

69) Fr. 151. de V. S. 50. 16: Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. — Daneben auch noch die rein positivrechtliche Bestimmung des Papischen Gesetzes über die Nichtantretung intra apertas tabulas [bei der die Delation der hereditas als erfolgt anzunehmen ist], trotz welcher man (vor der Transm. Theodosiana) an dem Satze doch nichts änderte, daß beim Tode des Berufenen in der Behin-

Digitized by Google

Demgegenüber durchzieht unsere Transmissionsfälle wegen rechtlichen Erwerbshindernisses [abgesehen vom Silanianischen Fall, welchem eine mit den übrigen Fällen gemeinsame ratio durchaus fehlt, und der deßhalb auch nur beim Nichtvorhandensein sonstiger Impedimente zur Anwendung kam] folgender gemeinsamer Gedanke. Es handelt sich um die Eventualität, daß ein rechtliches Hinderniß der Delation [70]) oder nur dem Erwerbe entgegensteht, welches sich auf einen Umstand stützt, der hinterdrein sich entweder als wirklich nie vorhanden ausweist, oder der hinterdrein juristisch als nie vorhanden angesehen werden soll. Also: es wird ein postumus erwartet, das Kind ist aber im Mutterleibe gar nicht vorhanden oder wird todt geboren; es wird ein gefangenes Kind des Erblassers rückerwartet, stirbt aber bei den Feinden; es wird der gefangene paterfamilias des Erblassers rückerwartet, stirbt aber bei den Feinden; es wird ein Testament als gültig ausgegeben, erweist sich aber als untergeschoben; es wird ein Kind als legitim ausgegeben, erweist sich aber hinterdrein als untergeschoben. Das (civile oder prätorische) Delations- oder Erwerbshinderniß ist und bleibt für das medium tempus gültig trotz der hinterdrein zu Tage tretenden Nichtigkeit [71]) des als möglich vorausgesetz-

derungszeit eine nicht angetretene Erbschaft nicht transmittirt werden könne (Ziff. 40. A. 44).

70) Zu eng Römer a. a. O.: „die Transmission setzt wesentlich voraus, daß der Eingesetzte die Delation erlebt habe, daß ihm deferirt worden sei".

71) Also z. B.: der postumus existirte nicht oder wurde todt geboren; man sagt nun nicht: das rechtliche Erwerbshinderniß hat für den Nächststehenden nie existirt, sondern: trotz des nicht existirenden postumus

Digitized by Google

ten Umstandes, auf den sich der die Delation oder den Erwerb hindernde Rechtssatz stützt. Gerade hierin liegt aber die Motivirung, daß die Annahme einer Transmission als eine der Aequität entsprechende erscheint, sei sie in der Form gestattet, daß der Transmittent mit Rücksicht auf das Nichtvorhandensein des Umstandes erst noch decretale b. p. erbeten haben muß, sei der Uebergang gleich durch Rechtssatz vermittelt.

Man kann also so sagen: die Transmission wegen rechtlichen Delations- oder Erwerbshinderniſſes bezieht sich außer dem Silanianischen [72]) auf die Fälle, in

ist, da das Erscheinen des postumus möglich erschien, das Erwerbshinderniß interim ein gültiges gewesen. Oder: der filius, der ex edicto primo b. p. erbeten, erweist sich im späteren Proceß als subiectus; nun erscheint die ihm ertheilte edictale b. p. als non data, und doch war durch diese b. p. interim alle weitere Delation der edictalen b. p. völlig verhindert worden (fr. 42. §. 2. de bon. lib. 38. 2). — Wir haben hier also den Begriff eines, trotz dem hinterdrein sich erweisenden Nichtigkeit des vorausgesetzten Umstandes, gültig hindernden interimistischen rechtlichen Zwischenzustandes. Um so mehr aber bedarf es für den in der Zeit des Hindernisses Gestorbenen, dem nach dem hinterdrein Herausgestellten gar kein Vorberechtigter entgegenstand, einer rechtlichen Aushülfe für die nicht erfolgte Antretung.

72) Der Silanianische Fall ruht ganz vereinzelt auf Utilitätsgrundsätzen. Es ist nicht opportun, daß „ante habitam quaestionem“ bereits die Erbschaft erworben werde. Solche Inopportunität kann aber in völlig anderen Verhältnissen auch noch heutzutage vorkommen. Einen interessanten Fall solcher Art bringt Seuffert Arch. XXVI. Nr. 143, wonach particularrechtlich-nassauische Praxis Folgendes festgestellt hat:

Digitized by Google

denen das vom hindernden Rechtssatz vorausgesetzte Factum sich hinterdrein als nicht vorhanden erweist. —

Weiter erhebt sich nun folgende Frage: in einigen der Fälle ist das Recht auf die Transmission nur den Kindern des Erblassers, oder andererseits nur denen zugestanden, welche unter beiden Eventualitäten — beim Vorhandensein, wie beim Nichtvorhandensein jenes supponirten Factum, — ein, wenn auch unter der einen wie der anderen Eventualität verschieden gestaltetes, Erbrecht haben. Dagegen im Fall des fr. 12. de Carb. ed. wird das Recht einfach jedem (ex testamento oder ab intestato) Nachstehenden — welcher, wenn der Prätor nicht bei einem auch nur möglicherweise legitimen Kinde die Delation suspendirte, der unter Voraussetzung

der (testamentarisch oder gesetzlich) zur Erbschaft des verstorbenen Ehegatten Berufene ist während der Dauer der Leibzucht des Ueberlebenden nicht verpflichtet die Erbschaft anzutreten, und es steht demnach noch den Erben des Berufenen das Antretungsrecht zu. — Das Berliner OAG. deducirt diese Befugniß nun auch aus der gemeinrechtlichen Transmission ex cap. in int. rest.: „sowohl wegen der dem Erben hiedurch erwachsenden Unmöglichkeit, factisch den Besitz der Erbschaft und die Ausübung der Rechte des Erben zu erlangen, als auch wegen der in der Erklärung des Antritts für ihn liegenden . . . Gefahr". — Es liegt in diesem nassauischen Rechtssatz kein objectives Delationshinderniß, auch kein subjectives Erwerbshinderniß, sondern bloß die rechtliche Erlaubniß, sich von der Antretung noch während der Leibzuchtsdauer fern halten zu dürfen [am ähnlichsten der römische Fall der lediglich agnoscirten Carb. b. p. A. 53].

Digitized by Google

der Kindesunterschiebung Nächstberufene ist, — gestattet. Darf dies auf die anderen Fälle, soweit es analog anwendbar ist, herüber getragen werden? Da das römische Recht einmal im einen Fall diesen Schritt gethan hat, so wird man jetzt leicht geneigt sein, die Ausdehnung auf die übrigen, durch gemeinsame *ratio* verbundenen Fälle zuzulassen. Freilich, vom Standpunkte der reinen Ermittelung des Justinianeischen Willens aus den recipirten Stellen der die einzelnen Fälle noch mehr vereinzelt behandelnden römischen Juristen, wird wohl der lediglich das Resultat des Justinianeischen Gesetzbuches vor Augen Habende gegen eine analoge Ausdehnung in den Stellen der A. 23. und A. 27. der Ziff. 37. leicht unübersteigliche Hindernisse finden. Dagegen von dem der analogen Anwendung Zugewandten wäre z. B. beim erwarteten postumus jetzt auch jedem Nächststehenden für den Fall seines medio tempore erfolgenden Todes, wenn dann kein Kind geboren wird, die Transmission zuzugestehen.

Schließlich noch eine Frage. Die einzelnen Fälle sind, wie oben dargestellt worden, ganz verschieden in den Gränzen der angenommenen rechtlichen Behinderung. Theils ist objectiv die Delation gehindert, theils bloß subjectiv der Erwerb und zwar letzterer entweder einfach durch rechtliches Verbot (wie beim Silanianischen Fall) oder unter Herbeiziehung der weiter reichenden Rechtsregel, daß man unter gewissen Voraussetzungen factisch nicht den genügenden Willen hat, und also „in dubio constitutus“ wegen eines mentalen Hindernisses eine gültige Antretungshandlung nicht vornehmen kann. Darf man nun von den einzelnen in den Quellen angegebenen Fällen der Transmission wegen rechtlichen Erwerbshindernisses, und von den nach der

Digitized by Google

vorher angegebenen ratio ihnen etwa analog gleichzustellenden, überhaupt ganz abstrahiren und daraus nur das Moment behalten, daß stets, wo man in entschuldbarer Weise „in dubio constitutus" war und in der Zeit der Ungewißheit starb, eine Transmission zu gestatten sei? Damit gelangt man eben zu der Annahme einer allgemeinen Transmission „aus dem Grunde des Zweifels" oder „wegen Ungewißheit der Berufung" (A. 60.); aber damit hat man auch, wofern es sich um Anwendung des römischen Rechts handelt, den positiven Boden des Rechts, wie er als Anhalt für alle wissenschaftliche Argumentation nöthig ist, verloren [73]).

73) Vgl. auch Römer a. a. O. S. 59. — Die neuere Gesetzgebung ist allerdings der Gestattung der ganz unbeschränkten Transmission zugeneigt. So gilt im Oesterreichischen Recht geradezu die Regel: **hereditas nondum adita transmittitur ad heredes.** Unger Syst. des Oesterr. allg. Pr.R. VI. (2. Aufl. 1871.) §. 36. A. 17. Wo wie im Preußischen (Ld.R. §. 367—370. §. 420. 421. I. 9.) oder Französischen Recht (Code civil, art. 724. 781.) der Erbschaftserwerb allgemein ipso iure, gleich dem altdeutschen Recht, eintritt [so auch nach dem neueren Oesterreichischen Entwurf eines Gesetzes über den Erbschaftserwerb vom J. 1866. §. 1; vgl. Randa der Erwerb der Erbsch. nach Oesterr. R. 1867. S. 12.], da ist die Frage von der Transmission von vorn herein auf anderem juristischen Wege entschieden. S. auch noch Randa a. a. O. S. 17. A. Zachariä (Anschütz) Handb. des französ. Civilr. 5. Aufl. IV. (1853.) §. 609. A. 5; §. 611. A. 3. 4; §. 612. A. 4; S. 110; §. 638. A. 6; §. 640. A. 30. Renaud in der Zeitschr. f. R.W. u. G. des Ausl. XIX. (1847.) S. 115. Nr. 2; S. 412. A. ***. (vgl. auch unten Ziff. 59. A. 28).

Digitized by Google

Es wird vielmehr gerade in diesem Punkte für das gemeine Recht nöthig sein, daß man sich der Verschiedenheit von Transmission aus einem Restitutionsgrunde einerseits und aus rechtlichem Erwerbshinderniß stets bewußt sei. Die Frage der vom Richter (innerhalb der Restitutionsfrist) zu vermittelnden Transmission, wenn man in entschuldbarer Weise wegen Nichtwissens oder Zweifelns factisch an der Antretung gehindert worden und in dieser Zeit der Unsicherheit gestorben ist, gehört lediglich und ganz unter die Gesichtspunkte der Restitutionslehre (s. oben Ziff. 35. A. 6. u. 7). Man kann dazu die andere Lehre, wann ipso iure wegen eines rechtlichen Erwerbshindernisses [das auf einen hinterdrein als nichtvorhanden sich herausstellenden Umstand basirt ist, aber von der Abwägung der factischen Entschuldbarkeit des „in dubio constitutus" ganz unabhängig ist] Transmission gewährt werde, gar nicht als adminiculirenden Anhaltspunkt verwenden.

43. — p) Wie oben bemerkt worden, hatte die Transmission aus rechtlichem Erwerbshinderniß zunächst im prätorischen Recht die Gestalt, daß vom Transmittenten vor seinem Tode in der Schwebezeit des Hindernisses eine decretale b. p. erbeten werden mußte, auf Grund deren dann später nach Wegfall des Hindernisses seine Erben die edictale b. p. erlangen konnten. Wohl in Anlehnung an den Silanianischen Fall (an den sich dann noch wieder der des Marcus anschloß) hat auch im prätorischen Recht der Satz Anerkennung gefunden, daß schon ohne Erlangung der decretalen b. p. durch den Transmittenten der Anspruch auf die Transmission zu den Erben übergehe, was dann

Digitized by Google

noch wieder die doppelte Gestalt annehmen konnte, daß bei noch fortdauernder (vielleicht noch lange währender) Schwebezeit die Erben selbst erst ebenfalls decretale b. p. zur Sicherung der späteren edictalen erbaten, oder daß sie bei inzwischen schon erledigter Schwebezeit gleich edictale b. p. erhielten.

Wie stellt sich dies Alles im heutigen Recht [74])? Die b. p. (auch die decretale) wird, wie unten noch genauer ausgeführt werden wird, heutzutage nicht mehr in bestimmter Frist vor dem Richter agnoscirt. Der Erwerb der b. p. hat sich mit der civilen form- und fristlosen aditio völlig vermischt. Wo also die Quellen eine besondere auf prätorischem Recht beruhende erbrechtliche Befugniß darbieten, ist b. possessionem petere in dem Sinne zu nehmen: „es kann das prätorische Erbrecht erworben werden" [75]). Darin liegt, daß die decretale b. p. hier ihre Bedeutung verloren hat. Wenn nur die juristischen Voraussetzungen vorhanden sind [ohne Agnition der decretalen b. p. von Seiten des Transmittenten oder (bei noch fortdauernder Schwebezeit) seiner Erben], so steht nach Erledigung der Schwebezeit die definitive Antretungsbefugniß den Erben des Transmittenten zu. Da nun aber die Antretung auch in concludenten Handlungen insbesondere der Anstellung der betreffenden erbrechtlichen Klagen liegt, so kann nach Wegfall des Hinderniſſes der Erbe des Transmittenten auch gleich die *utiles actiones*, als wie wenn der Transmittent bereits die Erbschaft angetreten hätte, anstellen. Mit anderen Worten: diese ganze Transmission hat die practische Gestalt, welche schon bei den

74) Meine Bon. Poss. II. S. 344—346.
75) Ziff. 56.

Digitized by Google

Römern die zwei civilrechtlichen Fälle, der Silanianische und Marcische, darbieten.

Man könnte übrigens noch auf folgenden Einwand kommen. Wenn heutzutage die Erwerbung der b. p., auch der decretalen, eine form- und fristlose Privaterklärung ist, so kann ja also auch vom Transmittenten, wie er bei den Römern die decretale b. p. erlangen konnte, durch Erklärung in Voraus während der Schwebezeit die Erbschaft erworben werden. Damit aber würde man einen Fehler begehen. Die heutige formlose Erklärung ist an die Stelle der römischen bonorum possessionis agnitio getreten, aber die materielle Wirkung, die die Quellen an letztere knüpfen, kann dadurch nicht geändert werden. Würde man an Stelle der römischen decretalen b. p. dem Transmittenten bereits medio tempore die definitive Erbantretung in Voraus gestatten, so würde man damit materiell etwas ganz Anderes einführen, als was die römische decretale b. p. [die den Erben volle Freiheit ließ, hinterdrein die edictale b. p. zu agnosciren oder zu omittiren] war. Man würde damit die Sache schon in der Person des Transmittenten für erledigt erklären. Die Erben wären alsdann durch die Erklärung ihres Erblassers gebunden; d. h. man würde der Lehre in so weit den juristischen Charakter der Transmission rauben. Da das entschieden unzulässig ist, so kann man also nur sagen: eine vom Transmittenten vor seinem Tode in der Schwebezeit abgegebene Erklärung, daß er seinen Erben die Antretungsbefugniß reservire [das ist der materielle Gehalt der früheren decretalen b. p.], ist nicht mehr nothwendig [76]), aber sie kann ihren factischen

76) In anderem Sinne hat man ja bereits ein derartiges Requisit aufgestellt. Ziff. 35. A. 9.

Digitized by Google

Nutzen zur sicheren Constatirung des Sachverhältnisses haben.

Hiemit hängt noch ein anderer mehrfach besprochener Punkt zusammen. Man hat gesagt, da, wo im classischen Recht vom Transmittenten eine vorgängige decretale b. p. erbeten wurde, trete nach dem späteren Codexrechte [vgl. unten Ziff. 51. Nr. IV.], welches allgemein die Agnition der *b. p.* in Voraus (inter alienas vices) gestatte, jetzt einfach diese vorgängige Antretung, so daß also in so weit dieser ganze Transmissionsfall aufgehoben sei [77]). Nur wenn der Berufene die vorgängige Antretung unterlassen habe, komme die Transmission noch zur Anwendung [78]). Dem entgegengesetzt haben Andere den unveränderten Bestand der Transmission auch neben der Zulassung einer Agnition inter alienas vices zu rechtfertigen gesucht, aber mit unzureichenden Gründen [79]). — Es beruht indessen die ganze Aufwerfung der Frage auf einem Mißverständniß. Zunächst ist zu bemerken, daß wenn die Auffassung von Sintenis richtig wäre, die vorgängige Agnition inter alienas vices nicht „ganz dieselbe Wirkung", sondern eine ganz andere haben würde, als die Transmission. Denn bei der Transmission steht es noch im freien Willen der Erben anzutreten; hat aber ihr Erblasser schon in Voraus definitiv angetreten, so

77) Sintenis Civilr. §. 204. A. 8: „Seitdem . . . provisorische oder eventuelle her. aditio möglich ist, ersetzt eine solche jede weitere Maßregel, und ein besonderer Rechtssatz über die Transmission ist daneben entbehrlich, da er nur ganz dieselbe Wirkung haben kann".

78) Mühlenbruch XLIII. S. 175.

79) Marezoll a. a. O. S. 69. Mayer Erbr. S. 313. A. 13.

Digitized by Google

kommt der Wille der Erben gar nicht weiter in Frage. Nun aber ist die vorgängige Agnition inter alienas vices hier ganz falsch aufgefaßt worden. Diese hat natürlich lediglich die Bedeutung, daß sie nur dann gültig und wirksam sein kann, wenn die Voraussetzungen eintreten, unter denen die rechtzeitige Agnition gültig vorgenommen werden konnte [80]). Nun aber ist die erste Voraussetzung der Gültigkeit einer Agnition, daß man die Zeit der Delation und überhaupt der Erwerbsmöglichkeit erlebt. Ist man vorher gestorben, so hilft alle vorgängige Agnition inter alienas vices nichts, denn alsdann ist man nicht in der Lage die rechtzeitige b. p. zu agnosciren. Die Zulassung der Agnition inter alienas vices hat also mit den Voraussetzungen der decretalen b. p. gar nichts zu thun, welche letztere das Beneficium gewährt, für den Fall des Todes vor der Agnitionsmöglichkeit der edictalen b. p. das Recht auf diese Agnition den Erben zuzuwenden. Neben der l. 9. C. cit. würde also an sich unsere decretale b. p. noch vollständig im heutigen Rechte bestehen, wenn nicht die vorher angegebenen Gründe dahin führten, sie für verschwunden zu erklären.

44. — 4) Nach Erledigung der umfangreichen die Ziffern 36—43 einnehmenden Frage ist nunmehr das ganze System der b. p., wie die Zeit der Pandektenjuristen es darbietet, bis auf einige kürzer abzumachende Punkte, zur Anschauung gebracht worden. Es

80) L. 9. C. qui admitti. 6. 9: eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem i. e. prioris gradus properantius exseratur, nihilominus tamen *efficaciam parem quasi suis sit usa curriculis* consequatur.

Digitized by Google

bleibt zunächst noch die Schlußfrage in Betreff der seit Ziff. 32. uns beschäftigenden Lehre von der Acquisition der b. p., nämlich die nach den Wirkungen der erfolgten rechtsgültigen Agnition, sowie nach dem Ergebniß einer erfolgten rechtsungültigen Agnition.

a) Eine rechtsgültig [ex edicto[81]] ertheilte b. p. hat *α*) die Folge, daß von da an dem hinter dem Agnoscirenden Stehenden eine b. p. nicht mehr rechtsgültig ertheilt werden kann; fr. 42. §. 2. de bon. libert. (Ziff. 41. A. 54.): cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur accipere non potest (s. auch Ziff. 13. A. 98.).[82]).

β) Dem Agnoscirenden gewährt die ertheilte b. p. noch in der Zeit der classischen Pandektenjuristen die Rechte, welche als schon von Anfang an vorhandene Elemente der b. p. im vorigen Bande (§. 1598. d.) ihre eingehende Darstellung gefunden haben[83]). Ich

81) Vgl. Bd. I. dieser Serie S. 399. A. 4. — Ulp. XXVIII. 4.; fr. 1. §. 7. de b. p. c. t.; l. 1. 2. C. de succ. ed. 6. 16.; l. 2. C. quor. bon. 8. 2: Si *ex edicto*, sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, *recte petita* bonorum possessione quaesisti successionem; (so ist zu interpungiren; nicht wie bei Kriegel: Komma hinter recte. Meine Bon. Poss. II. 2. S. 173.

82) Fr. 2. de success. ed. 38. 9: Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset. L. 2. C. de success. ed. 6. 16. — Ausnahme: fr. un. §. 1. ut ex legib. 38. 14.

83) Insbesondere rücksichtlich des dem b. possessor zustehenden Klagenschutzes ist es zweifellos, daß darunter auch in der classischen Zeit vorzugsweise Interdictum quor. bon. und fictitiae actiones begriffen

Digitized by Google

habe an diesem Orte nur über das dort unter Ziff. 64. Nr. 3. (S. 307.) bereits erwähnte Accrescenzrecht einige Worte hinzuzufügen.

Die Agnition der b. p. enthält einestheils eine Willenserklärung betreffs Antretung der directen Universalsuccession von Seiten des Berufenen, andererseits eine datio von Seiten des Prätors. Aber Beide, Antretungserklärung wie Dation, stehen darin auf gleicher Stufe, daß sie, als auf eine Universalsuccession gerichtet, nothwendig gleich die Einheitlichkeit des Fortführens der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers im Auge haben[84]). So kommt es, daß die Admission und Dation einer b. p. nie in der bestimmten Quote, auf die sie zunächst gerichtet war, ihre abschließende Gränze hat, sondern implicite doch auf die ganze Universalsuccession gerichtet ist. Wird daher eine andere Quote vacant, so bedarf es nicht erst noch einer neuen Agnition[85]) der b. p. für die accrescirende Portion, also es wird nicht erst die b. p. der Portion dem coheres neu angetragen, sondern es fügt sich nur die Portion der juristisch schon auf das Ganze gerichteten

sind. Ob zu diesen bereits bei den Pandektenjuristen die hereditatis petitio possessoria als hinzugetreten zu denken sei, wird alsbald im folgenden §. zur Erörterung kommen.

84) Fr. 2. §. 2. de b. p. sec. tab. 37. 11: Pro qua quisque parte heres scriptus est, pro ea accipiet bonorum possessionem, sic tamen, ut, si non sit qui ei concurrat, habeat solus bonorum possessionem.

85) Natürlich muß das Vacantwerden schon ein definitiv fixirtes sein; fr. 2. §. 2. cit.: quamdiu tamen ex heredibus unus deliberat utrum admittat b. possessionem an non, portio b. possessionis [*Mommsen:* b. p. portionis?] eius coheredi non defertur.

Digitized by Google

b. p. ein. Also das Accrescenzrecht findet, wie bei der hereditas [und natürlich auch nach denselben Grundsätzen wie bei der hereditas] so bei der bonorum possessio *ipso iure* statt [86]). — Ein gleichartiges Anwachsen im weiteren Sinn tritt auch bei einer von vornherein nicht vergebenen Portion ein [87]).

b) Eine b. p., die nicht den Erfordernissen des Edicts entspricht, erzeugt nicht die Rechte und insbesondere die Klagen, die der rechtsgültigen b. p. beigelegt sind. Wird also auch eine b. p. zunächst de plano ohne Untersuchung vom Prätor ertheilt, so liegt doch erst in der Durchführung der Klagen der Prüfstein ihrer edictalen Gültigkeit. Erheben sich von anderer Seite Zweifel an dem Rechtsbestand einer b. p., so wird in der Durchführung der von dem b. possessor oder wider ihn geltendgemachten Processe es richterlich festgestellt, ob die b. p. eine ex edicto gegebene war oder nicht. Hat sich das Erstere ergeben, so sagt man: b. p. locum habet [88]). Ist Letzteres das Resultat, so gilt die vom Prätor etwa ertheilte b. p. als non data [89]). Man drückt daher auch beim

86) Fr. 2. §. 8. de b. p. sec. tab.: .. recidit b. p. ad Primum. nec erit ei necesse petere b. possessionem, sed *ipso iure ei accrescet*: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et b. p. adcrescit. §. 9. J. de b. p. 3. 9. Mühlenbruch XLIII. S. 268. 271. 277 ff.

87) Fr. 8. pr. de b. p. sec. tab.: . . secundum hanc rationem cum sextans vacuus relinquatur, bonorum possessionem Titius accipiet non solum tertiae partis, sed eius quoque quae ex sextante eidem *adcrescit*.

88) Fr. 4. pr. de b. p. c. t. 37. 4.

89) Bd. I. dieser Serie S. 457 ff.

Digitized by Google

Vorhandenſein eines edictalen Hinderniſſes ſich gleich ſo aus: eine [ex edicto begründete] b. p. wird nicht gegeben; man wird nicht zur b. p. zugelaſſen; man wird von der b. p. zurückgewieſen [90]).

Hievon verſchieden ſind die ſeltneren Fälle, wo [zum Unterſchiede von der hereditas, die, einmal erworben, aus ſich ſelbſt heraus nicht wieder aufhören kann] eine b. p. vorn herein nur in dem Sinn gegeben wird, daß ſie entweder mit einer gewiſſen Zeit von ſelbſt aufhöre [91]), oder daß ſie mit einer zunächſt

90) Fr. 8. §. 12. de b. p. c. t.: non dabitur; fr. 13. §. 1. eod.: non potest c. t. b. possessionem accipere, ... non admittitur nepos ad b. possessionem; fr. 3. §. 4. de Carb. ed. 37. 10: non daretur b. p. .. negare debet ei b. possessionem Carbonianam; fr. 3. §. 15. 16. de b. p. c. t.: denegari ei debet b. p. c. t.; fr. 14. pr. eod.: nec enim .. admitti ad b. possessionem; fr. 5. §. 2. de legat. praest. 37. 5: eo iure utimur ne petat b. possessionem c. t.; fr. 18. pr. de b. p. c. t.: sub condicione heres institutus a c. t. b. possessione excludatur; fr. 1. §. 3. de Carb. ed.: his vero non competere qui repelluntur a c. t. b. possessione; fr. 5. §. 3. de legat. praest.: si quis c. t. b. possessionem acceperit, deinde postea apparuerit eum ex his liberis non fuisse qui eam b. possessionem accipere possunt; fr. 5. pr. de dot. coll. 37. 7: cum ea possessio frustra petita sit; fr. 3. §. 3. de Carb. ed.: si .. obrepserit ... dicendum erit nihil eum egisse; fr. 11. pr. de b. p. c. t.: repellitur ab ea possessione ... qui pure quidem sed non iure scriptus heres sit. Vgl. Ziff. 33. a. E.

91) So die b. p. Carboniana in dem Sinne, daß ſie nur für die Zeit der Impubertät beſteht: fr. 3. §. 3. de Carb. ed.: nam et si impubes esset mox pubes fac-

Digitized by Google

ungewissen Voraussetzung zusammensinke. Letzteres gilt von der Carboniana b. p. in dem Sinn, daß der b. possessor als untergeschobenes Kind sich herausstellt (s. oben Ziff. 41. A. 54. Ziff. 42. A. 71.); ferner von einer dem sub condicione scriptus gegebenen b. p., wenn die Bedingung weggefallen ist. Von dieser Art bonorum possessiones wird noch an mehren Stellen zu sprechen sein[92]). Jedenfalls tritt mit Ablauf der bestimmten Zeit oder mit Eintritt des hinwegräumenden Ereignisses ganz dasselbe Resultat ein, wie in den Fällen der A. 90., nämlich daß nunmehr die b. p. als non data erscheint, der Agnoscirende also von der b. p. repellirt wird.

45. — D. In Ziff. 20. kündigte ich an, daß der zweite Haupttheil des §., der den drei Hauptfragen von: der Reihenfolge der Erbklassen (Ziff. 20—25.), den Delations- (Ziff. 26—31.) und den Acquisitionsregeln der b. p. (Ziff. 32—44.) zu widmen war, am Schlusse noch die Zusammenstellung einiger abgesonderter Begriffe und Gestaltungen der b. p. enthalten müsse. Es sind dies folgende Punkte: die b. p. litis ordinandae gratia; die decretalis und causa cognita data b. p. im Gegensatz zur edictalis; die Begriffe der b. p. ordinaria und necessaria; endlich die b. p. quibus ex legibus.

tus, *finiretur bonorum possessionis emolumentum*; fr. 2. §. 12. ad SC. Tertull. 38. 17: sed cum haec *tempore finiatur*.

92) Vgl. einstweilen nur fr. 11. pr. de b. p. c. t.: Si in adoptionem datus sub condicione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum et ipse veniet: *sed si defecerit condicio, repellitur ab ea possessione.*

Digitized by Google

1) Die *b. p. litis ordinandae gratia*[93]). Diese ist schon oben (Ziff. 38.) in ihrer Stellung zur decretalen die Transmission bezweckenden b. p. kurz charakterisirt worden.

a) Die geschichtlichen Anfänge dieser kleinen Nebenlehre sind Bd. I dieser Serie S. 69—74. dargestellt worden. Der Prätor gab dem bloß mit prätorischer Erbbefugniß Versehenen, der sich über Lieblosigkeit des erblasserischen Testamentes beschwerte, die b. p. (sine testamento und sine lege), und verweigerte ihm gegenüber dem scriptus heres die b. p. sec. tab. und das lege agere. Nachher ist die Sache zweckentsprechender so geordnet worden, daß der sich Beschwerende klagend mit der querela inoff. test. auftreten muß, aber vorher die b. p. litis ordinandae gratia zu agnosciren hat. So ist das Recht der Pandektenjuristen.

b) Ueber den Hauptzweck dieser b. p. ist man, nach früheren irrthümlichen Auffassungen[94]), jetzt ziem-

93) Walter RRG. §. 618. A. 33: „Mit jener Querel stand eine vorhergehende Nachsuchung der b. p. in Verbindung, deren Bedeutung nicht ganz klar ist". — Vgl. darüber Hugo RG. S. 587. A. 1; Schilling Bem. üb. RRG. (1829.) S. 211—213; Francke NER. (1831.) S. 315. 316; Fabricius Bon. Poss. (1837.) S. 146—155; Huschke Richt. J. 1839. S. 24 ff.; Mühlenbruch XXXV. (2. Aufl. 1843.) S. 155—158.); meine Bon. Poss. II. 2. (1848.) S. 39. 343; v. Vangerow Pand. II. (6. Aufl. 1854.) S. 310; Sintenis Civilr. III. (2. Aufl. 1861.) S. 622. A.

94) Insbesondere über die frühere Ansicht, daß diese b. p. bloß ein Schutzmittel des unbillig enterbten Emancipirten sei, s. Schilling A. 587, Mühlenbruch S. 155,

Digitized by Google

lich einig. Sie dient dazu, — im Gegensatz zum suus heres, der für Anstellung der querela inoff. nicht einmal der her. aditio bedarf[95]); und im Gegensatz zu den mit Civilrecht versehenen extranei [wie: Kinder gegen ihre Mutter[96]) die Mutter gegen ihre Kinder[97]), agnatische Geschwister[98])], welche lediglich einer formlosen den Antretungswillen zeigenden Erklärung bedürfen, — den nur mit prätorischem Erbrecht Versehenen die juristische intestaterbrechtliche Basis für die Klage zu geben.

c) Nebenzweck ist noch der, daß für die bloß prätorisch Erbberechtigten durch diese Agnition der b. p. auch gleichzeitig die Transmission der Klage auf die Erben vermittelt wird[99]), während für den suus heres

Vangerow S. 310. — Vgl. auch meine Bon. Poss. II. 2. S. 391. A. 2.

95) Fr. 7. de inoff. test. 5. 2: et ponamus in potestate fuisse eum, *ut neque b. p. ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit.*

96) Wenn alsdann das Kind noch in väterlicher Gewalt ist, so kann der Vater die inoff. querela nur mit Einwilligung des Kindes anstellen; fr. 8. pr. eod.: (Ulp.): Papinianus l. V. quaest. recte scribit inofficiosi querellam patrem *filii sui nomine* instituere non posse invito eo: ipsius enim iniuria est.

97) L. 2. Th. C. de inoff. test. 2. 19. (Constantin.): si mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat . . . . *ut testamento remoto matri successio deferatur, si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites.*

98) L. 1. Th. C. eod.: germanis . . fratribus, agnatione durante, *sine auxilio praetoris*, petitionis aditus reseretur.

99) Fr. 6. §. 2. de inoff. test. (Ulp.): Si quis instituta

Digitized by Google

eine bloß den Klagwillen, und für den civilberechtigten extraneus eine den Antretungswillen involvirende aber ebenfalls noch besonders den Klagwillen ausdrückende Erklärung behufs der Transmission auf die Erben nöthig ist[100]).

d) Die Agnition der b. p. geht natürlich, da sie *ordinandae* litis gratia geschieht, der Klaganstellung, also insbesondere der Litiscontestation, voraus[1]). Es

accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit quod et quibusdam rescriptis significatur, *si post adgnitam b. possessionem* [und noch vor der instituta accusatio] *decesserit, esse successionem accusationis.* — Hätte der allein prätorisch Erbberechtigte ohne b. p. lit. ord. gr. lediglich seinen Klagwillen vor seinem Tode ausgesprochen, so würde dies (was an sich für die bloße Transmissionsfrage bei Civilerben hinreichen würde) ihm nichts helfen, weil es dann nach Nr. b. an der rechtlichen Intestatbasis der Klage fehlt. Hatte er aber die b. p. lit. ord. gr. agnoscirt, so bedarf es für die Transmission nicht noch einer besonderen Erklärung des Klagwillens.

100) Fr. 6. §. 2. cit. . . . et si non sit petita b. p., iam tamen coepta controversia aut praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire; fr. 7. eod.: et ponamus *in potestate fuisse* eum . . . si is comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denunciationem vel libelli dationem prae[pro]cesserit, ad heredem suum accusationem transmittet . . . quid ergo si *in potestate non fuerit*, an ad heredem actionem transmittat? et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus [weil dies auch zugleich den Antretungswillen involvirt].

1) L. 2. C. de inoff. test. 3. 28. (Severus 196.): Quam-

Digitized by Google

ist behauptet worden, die Ertheilung dieser b. p. habe nach causae cognitio durch ein decretum geschehen müssen, indem die b. p. lediglich provisionell für den Fall, daß die Centumvirn das Testament rescindiren würden, ertheilt worden sei [2]). Aber davon daß hier eine decretalis b. p. vorliege, enthalten die Quellen keine Spur [3]). Es ist auch überhaupt nicht gut, diese b. p. als eine provisionelle zu charakterisiren [4]). Denn wenn auch nach Nr. c. dies Element und also die Vermittlung der Transmission in ihr mitenthalten ist [weßhalb wir sie oben Ziff. 38. mit der decretalis b. p. bei rechtlichem Erwerbshinderniß zusammenstellen durften], so ist ihre eigentliche Bedeutung nach Nr. b. doch die, daß sie den ipso iure-Anfall bez. die hereditas aditio der Civilerben bei den bloß prätorisch Erbberechtigten vertritt [5]). Wie nun eben der civile Erwerb jener schon gilt [für den Fall des Sieges], trotzdem daß gegen den ex testamento antretenden scriptus heres der Proceß erst durchzuführen ist, so gilt auch die b. p. lit. ord. gratia schon als definitiver prätorischer Erbschaftserwerb für den Fall des Sieges. Der civilrecht-

vis de inofficioso testamento *acturum te* bonorum possessionem accepisse proponas.

2) Fabricius S. 152. Mühlenbruch A. 40.

3) Meine Bon. Poss. S. 343. A. 1. — *Agnita* b. p. (s. A. 99. u. 9.) bedeutet regelmäßig eine ohne Decret erlangte. Huschke S. 25.

4) Meine Bon. Poss. S. 39. Sintenis S. 622.

5) Fr. 6. pr. de inoff. test.: Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus *suus heres vel legitimus* potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed *et cognatorum quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.*

Digitized by Google

liche bez. prätorische Erbschaftserwerb des Klägers wird demnach durch den richterlichen ihm günstigen Spruch nur einfach purificirt, nicht aber ist nach dem Spruch erst noch eine definitive her. aditio bez. Agnition der edictalen b. p. vorzunehmen. Fr. 8. §. 16. de inoff. test.: Si ex causa de inofficioso cognoverit iudex et pronutiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, *ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est, et bonorum possessor si hoc se contendit.*

Zu einer vorgängigen provisionellen decretalis b. p. ist hier also kein Raum. Wohl aber kann ein decretum des Prätors in der anderen Richtung stattfinden, daß dem klagenden Kinde der vom exheredirenden Vater ihm gesetzte Tutor für die Eventualität des Proceßsieges zu confirmiren ist [6]).

e) Der Satz, daß der Erbschaftserwerb des Klägers (ipso iure-Anfall, her. aditio, b. p. litis ord. gratia) gültig ist im Fall des Sieges des Klägers, hat die Kehrseite, daß er einstweilen vor dem Siege noch practisch gar nichts bedeutet. Zunächst ist das Testament gültig und der antretende scriptus heres ist der Erbe mit den im Erbrecht liegenden Ausflüssen. Er kann also auch secundum tabulas b. p. agnosciren und daraus das Int. quor. bon. u. s. w. anstellen. Sollte es dem

6) Fr. 26. §. 2. de test. tut. 26. 2: *Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam* exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a praetore confirmari oportet: [et] eventus iudicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris an *ex decreto praetoris* auctoritatem acceperit. — Man kann ebenso auch sagen, daß der eventus rei iudicatae declariren wird, ob die Erbantretungshandlung aus dem Testamente oder die des Klägers gültig sein wird.

Digitized by Google

Kläger einfallen, unter Berufung auf seine agnoscirte b. p. litis ord. gr. schon vor dem Richterspruch, gegen Dritte oder gar gegen den scriptus heres, das Int. quor. bon. (oder andere Klagen des b. possessor) anstellen zu wollen, so würde ihm das denegirt werden [7]). Der Kläger soll eben nur in den Stand gesetzt sein, die quer. inoff. test. durchzuführen (wozu die b. p. litis ord. gr. dem bloß prätorisch Berechtigten die Vorbedingung ist), aber er kann, da alle Ausflüsse seines Erbrechts eben noch vom Ausgange dieses Processes abhängen, unmöglich schon in irgend einer Richtung jene Ausflüsse realisiren wollen. Darin liegt mit Nothwendigkeit noch Folgendes. Die vom Kläger litis ordinandae gratia agnoscirte b. p. ist die in regulärer Weise ihm (unter Supposition das Testament sei nicht vorhanden) zustehende *ordinaria* b. p. ab intestato. Sollte es dem Kläger, der als Kind des Erblassers auftritt, der aber vom Gegner für subiectus ausgegeben wird, beikommen, darauf hin neben seiner ordinaria b. p. auch noch die Carboniana b. p. agnosciren, und die daraus entspringende Herrschaft über die Erbschaftsangelegenheiten sich vindiciren zu wollen, so würde auch dies von vornherein zu denegiren sein [8]).

7) Die l. 2. C. de inoff. test. (A. 1.) fährt fort: tamen *scriptis heredibus auferri possessionem* incivile est. — Unrichtig v. Löhr Mag. III. S. 233, der das Eigenthümliche der b. p. litis ord. gr. darin findet, daß sie als b. p. unde liberi vor der sec. tab. gegeben werde. Vgl. übrigens noch v. Löhr Mag. IV. S. 449. A. 2.

8) Fr. 20. de inoff. test. (Scaev.): Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, *Carbonianam b. possessionem non debet accipere* (totiens enim ea

Digitized by Google

Darnach ist die von Schilling aufgestellte Ansicht (S. 212.) eine ganz unzulässige. Schilling ignorirt den Hauptzweck unter Nr. b. Indem er den Nebenzweck unter Nr. c. für nicht hinreichend ansieht, um das Institut erklären zu können, behauptet er, daß der eigentliche Zweck der b. p. lit. ord. gratia der gewesen sei, daß (mit Ausnahme des Falls wenn der scriptus heres schon im Besitz war) der Kläger „schon vor dem Ausgange des Processes durch den vorläufigen Besitz der Erbschaft wegen seiner angeblichen Ansprüche auf dieselbe sicher gestellt werde."

f) Jener Nebenzweck des Instituts (Transmission der Klage auf die Erben auch vor der Lit. Cont.) für die prätorisch Erbberechtigten, parellel dem was bei Civilerbberechtigten die Erklärung des Klagwillens bewirkt, ist über den Kreis der Erben nicht ausgedehnt worden. Hatte also (A. 96.) der Hausvater die Absicht filii sui nomine die Querel anzustellen, und hatte das Hauskind bereits die b. p. lit. ord. gr. agnoscirt, war aber dann gestorben, so hatte der Hausvater kein Recht, nun noch die Querel anzustellen[9]).

indulgenda est, quotiens si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, *ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiatur)*: qui vero de inofficioso dicit, *nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hereditatis petionem exercere nec ali*, ne unquam melioris sit condicionis, quam si confitetur adversarius.

9) Das fr. 8. pr. de inoff. (A. 96.) fährt fort: sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandae gratia b. possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri [d. i.: dem Vater als solchem oder: um seiner selbst willen] sed [dem

Digitized by Google

g) Das hiemit erörterte Nebeninstitut der b. p. litis ordinandae gratia hat, als ein Baustein im Gesammtsystem der b. p. der classischen Juristenzeit, überhaupt für das Verständniß dieses Systems wesentliches Interesse. Für unser heutiges Recht, für das ihm noch Thibaut[10]) eine Stelle hat vindiciren wollen, hat es keine Bedeutung, da jedenfalls die Novelle 118 für das Gebiet der Querel alle bloß prätorische Intestat-Erbberechtigung hinweggeräumt hat[11]).

46. — 2) Die *decretalis b. p.* und *causa cognita data b. p.*[12]). Die decretalis b. p. ist nur richtig zu verstehen bei ganz genauer Beleuchtung der einzelnen Lehren, in denen sie ihr eigentliches Anwendungsgebiet hat. Die eine dieser Lehren forderte, da ihr richtiges Verständniß noch keineswegs bisher gewonnen war und sie überdies von unmittelbar practischer Bedeutung ist, in den Ziff. 35—44 eine eingehende Untersuchung. Als das zweite Hauptanwendungsgebiet der decretalen b. p. bei den Römern wird

Vater] nomine dabatur filii. [Mommsen vermuthet: quae non patris nomine dabatur, sed filii. — Vielleicht: quae non patri suo nomine dabatur, sed filii?]

10) Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 971.

11) Meine Bon. Poss. S. 343. 393. A. 5; v. Vangerow, Sintenis a. a. O.

12) v. Löhr Mag. II. S. 437 ff., III. S. 233. A. 1, IV. S. 420 ff.; Fabricius B. P. S. 162 ff.; Huschke Richtersche Jahrb. 1839. S. 27—33; Meine Bon. Poss. II. 1. S. 309 f.; 2. S. 345 f.; v. Vangerow Pand. II. §. 400. — (Ueber ältere Ansichten s. meine B. P. II. 2. S. 374. 398 f. 410.)

Digitized by Google

sich später der ebenfalls eine sorgfältige Prüfung der Quellen fordernde Inhalt des Tit. 3 erweisen; und endlich als dritte Hauptverwendung des prätorischen decretum wird die b. p. Carboniana (und parallel die missio ventris nomine) vorkommen[13]).

In diesen drei Richtungen enthält die decretale b. p. eine selbständige, von dem übrigen Hauptgebiet der b. p. [das man dem gegenüber die edictale b. p. nennt] abgetrennte Function. Sie dient entweder dazu, den Uebergang der edictalen b. p. auf den Erben zu vermitteln [dieser Punkt, und insbesondere auch seine practische Stellung im heutigen Recht, ist nunmehr erledigt[14])], oder sie hat den Zweck, für eine Zeit, wo ein definitiver Erbschaftserwerb Jemandem nicht möglich ist oder nicht genügenden Schutz gewährt, demselben einen provisionellen Erbbesitz zu gewähren.

13) Der Versuch Löhrs II. S. 450. (s. auch IV. S. 420.), die von ihm s. g. missiones: Carboniana, ventris und furiosi als „provisorische Rechtsmittel hinzustellen, die nur die Detention einer Erbschaft und Alimente gewähren und demnach gar nicht in die Theorie der b. p. als Theil des Erbrechts sondern in den Proceß gehören", — ist ganz zu mißbilligen. Der Nachweis seiner Unrichtigkeit wird sich aus der später folgenden Darstellung dieser Lehren ergeben.

14) Hier nur noch die Bemerkung, daß mit dem richtigen Verständniß dieses Punktes die Ansicht von Fabricius S. 173. 174. — wonach der zur decretalen b. p. Admittirte nicht mehr auf das Int. quor. bon. zu recurriren brauchte, sondern gleich factische Einweisung in den Besitz verlangen oder das Int. ne vis fiat ei qui in poss. gebrauchen durfte, m. a. W. „jede b. p. decretalis die Kraft und Wirkung einer missio in possessionem hatte" — völlig unvereinbar ist.

Digitized by Google

Im Gegensatz zu dieser selbständigen Function der decretalen b. p.[15]) steht noch ein Complex von Fällen, in denen „nach dem Geist aber nicht nach den Worten des Edicts" (wie Löhr es passend bezeichnet) Jemand als zu der gewöhnlichen edictalen b. p. berufen sich herausstellt. Die Lücke in der edictalen Fassung wurde hier, sobald man sie bemerkte, zuerst durch prätorisches Decret ersetzt. Aber natürlich mußte der einmal zur Anerkennung gelangte Fall sehr bald als dem edictalen Inhalte der betreffenden Klasse einverleibt betrachtet werden, weßhalb uns denn auch derselbe Fall bei einem anderen Juristen ohne Erwähnung des decretum begegnen kann[16]). Auf diese nur aus einer historischen Zufälligkeit, nicht einem dogmatischen Grunde als decretal bezeichnete b. p. paßt deßhalb auch gar nicht die charakteristische Eigenthümlichkeit, welche Ulpian in fr. 1. §. 7. de succes. ed. 38. 9. von den mit selbständiger Function versehenen decretales bonorum

15) Ueber die solcher decretalen b. p. gegenübergestellte edictalis b. p. in fr. 30. §. 1. de acq. her. s. Ziff. 36. a. E. und Ziff. 37. i. A.

16) Die Fälle (auf deren Erörterung hier nicht einzugehen ist) sind: a) fr. 4. de coniungendis 37. 8; fr. 5. §. 1. si tab. test. null. 38. 6; fr. 6. eod. b) fr. 14. §. 1; fr. 6. §. 4. de b. p. c. t. 37. 4. c) fr. 14. §. 1; fr. 3. §. 9; fr. 17. eod. — v. Löhr Mag. III. S. 339. IV. S. 406. 407. A. 2. legt überhaupt auf die Verwendung solcher decretalen b. possessiones für die Ausbildung des ganzen Edictssystems der b. p. [wonach sie das viel verwendete Mittel gewesen wäre „in jedem Fall das Mangelhafte zu ergänzen, Härten zu entfernen, und das Unbillige nicht sach- oder zeitgemäße zu vermeiden] ein ganz besonderes Gewicht. Aus den Quellen läßt sich dies nicht nachweisen.

Digitized by Google

possessiones aussagt: decretalis bonorum possessio an repudiari possit videamus. et quidem diebus finiri potest[17]), sed repudiari eam non posse verius est, *quia nondum delata est*, nisi cum fuerit decreta: rursum posteaquam decreta est sera repudiatio est, quia quod adquisitum est repudiari non potest.

Von diesen wirklich selbständigen decretales bonorum possessiones ist [wie Huschke (a. a. O. S. 27. 28.) zuerst bemerkt hat] genau zu scheiden eine *causa cognita* (ex edicto) *data* b. p.[18]). Eine solche gehört materiell ganz zur edictalen. Derartige causae cognitiones konnten vorkommen, wenn die b. p. durch einen Mandatar, Negotiorum Gestor oder Sklaven (Ziff. 33. insbes. A. 62.) agnoscirt wurde, ferner wenn der unter einer Bedingung Eingesetzte sec. tab. b. p. erhielt[19]).

3) Die Begriffe der *b. p. necessaria* und *ordinaria*. Es sind dies zwei Ausdrücke, die in den Quellen nur selten und als ganz nebensächliche vorkommen, die aber seit dem Mittelalter außerordentliches Glück gemacht haben als bequemer Tummelplatz für

17) Vgl. fr. 3. §. 14. de Carb. ed. 37. 10: Haec autem possessio *intra annum datur*, sicuti ordinariae quoque quae liberis dantur, intra annum dantur.

18) Ziff. 26. A. 3.

19) Huschke a. a. O. S. 27. — Von der pendente condicione gegebenen b. p. des bedingt Instituirten wird in der Lehre von der sec. tab. b. p. weiter die Rede sein. Daß sie ein Decret erfordere, hatte Fabricius (S. 164.) vermuthet, der überhaupt das Gebiet der decretalen b. p. ungebührlich auszudehnen versuchte. Dagegen mit Recht Huschke a. a. O. (Ziff. 38. A. 29).

Digitized by Google

mehr oder weniger willkürliche Conceptionen, denen gegenüber das eigentliche tiefergehende Verständniß des Instituts der b. p. ganz fehlte[20]). Um so kürzer kann man gegenwärtig über diese Nebenfragen sein.

a) Necessaria wird in fr. 2 §. 1 de b. p. sec. tab. die (oben Ziff. 24. A. 76. bereits besprochene) prätorische tuitio einer agnoscirten b. p. unter dem Gesichtspunkte einer anderen Klasse — dann genannt, wenn es sich dabei um die Schützung eines emancipatus handelt, also eines solchen, dem ein civilrechtlicher Weg zur Erbschaft nicht offensteht[21]). Und dem entsprechend heißt es in fr. 7 de inoff. test. (vgl. Ziff. 45. A. 95.) von einem suus heres, es sei ihm, da die Erbschaft ihm ipso iure zufällt, die hereditatis aditio überflüssig[22]) und die b. p. nicht necessaria.

Andererseits wird von einem Hauskinde, das unter der Bedingung des Emancipirtwerdens von einem Cognaten zum Erben eingesetzt worden war, aber mit

20) S. darüber meine Bon. Poss. II. 2. S. 376 f.; 401 f.; 414; (bonorum possessio necessaria und utilis) — S. 374 f.; 399; 411. (bonorum possessio ordinaria und extraordinaria).

21) (Ulp.): Si sub condicione heres institutus *filius* sit, Julianus peraeque putavit secundum tabulas competere ei quasi scripto bonorum possessionem, qualisqualis condicio sit, etiam si haec „si navis ex Asia venerit": et quamvis defecerit condicio, praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit ac si contra tabulas acceperit: quae *tuitio ei qui emancipatus est necessaria est.*

22) Vgl. auch fr. 14. de suis et legit. 38. 16: In suis heredibus aditio *non est necessaria,* quia statim ipso iure heredes existunt.

Digitized by Google

Ueberſpringung der sec. tab. unter Einwilligung des Vaters die b. p. unde cognati erbeten hatte, die Rechtsgültigkeit dieſer Agnition [aus dem Grunde weil er bei unerfüllter Bedingung das Vermögen ja doch nicht ex testamento definitiv erhalten könne, und andererſeits die Bedingung keine für das Hauskind poteſtative und dem Vater gegenüber erzwingbare ſei] anerkannt[23]) und mit den Worten bezeichnet: Tamen *utiliter* possessionem adgnovisse videbitur nec in edicti sententiam incidet.

Es iſt einleuchtend, daß durch dieſe Quellenſtellen eine techniſche Eintheilung der b. p. necessaria und utilis nicht im Geringſten gerechtfertigt werden kann.

b) Die andere, vom Mittelalter her ſehr beliebte Eintheilung in: bonorum possessio ordinaria und extraordinaria, die auch noch Vangerow der Anlegung eines eigenen §. für würdig gehalten hat[24]), ſtützt ſich auf folgendes Quellenmaterial.

In der Lehre von der Carboniana b. p. heben die Juriſten hervor, daß der in ſeiner Legitimität Angefochtene neben der Carboniana auch noch die regulär ihm zuſtändige b. p. zu agnosciren hat. Dieſe letztere wird im Gegenſatz zu jener Carboniana in Einer Stelle (fr. 1. §. 4. si tab. test. null., ſ. Ziff. 41. A. 52.) von Ulpian edictalis b. p. genannt, in zwei anderen Stellen[25]) bezeichnet ſie derſelbe Ulpian mit dem Aus-

23) Es ſoll alſo in der Agnition der inteſtaten b. p. kein Verſtoß gegen das Verbot der omissio causae testamenti liegen.

24) v. Vangerow Pand. II. §. 402. — Vgl. v. Löhr Mag. III. S. 231 ff.; meine Bon. Poss. II. 2. S. 10. 11.

25) Fr. 5. §. 3. de legat. praest. 37. 5: sive ordinariam

Digitized by Google

druck *ordinaria* b. p. — Außerdem kommt dieſes Wort noch im §. 6. I. de b. p. 3. 9. als Zuſammenfaſſung der ſechs das reguläre erbrechtliche Syſtem enthaltenden Klaſſen vor: ut sex tantummodo bonorum possessiones ***ordinariae*** permaneant suo vigore pollentes. Dem gegenüber wird dann die b. p. quibus ex legibus als eine ſolche bezeichnet, welche der Prätor quasi ultimum et ***extraordinarium auxilium***, prout res exigit, accomodavit. Es iſt hiemit aber durchaus kein Boden gegeben, um Alles, was von dem eigentlichen Syſtem der regulären Erbklaſſen irgendwie als ein Nebenpunkt ſich abſcheidet, unter dem techniſchen Namen der extraordinaria b. p. zuſammenzufaſſen und damit den Schein hervorzurufen, als wenn dieſer extraordinäre Theil der b. p. — etwa wie beim ordo iudiciorum und dem Verfahren extra ordinem — doch wieder ein im Gegenſatz zur ordentlichen Succeſſion einheitlich unter gewiſſen gemeinſamen Geſichtspunkten zuſammenſtehendes Ganze wäre.

4) Die ***b. p. quibus ex legibus***[26]). Zum Schluß der geſammten Darſtellung des Rechts der claſſiſchen

bonorum possessionem petierit sive Carbonianam; fr. 3. §. 14—16. de Carb. ed. 37. 10: §. 14. (ſ. A. 17.) §. 15. Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam b. possessionem accipere, verum etiam ordinariam agnoscere. §. 16. Currunt autem tempora ad utramque b. possessionem separatim, ordinariae quidem, ex quo patrem suum decessisse scit et facultatem b. possessionis petendae habuit, Carbonianae vero ex eo tempore, ex quo controversiam sibi fieri cognovit.

26) v. Löhr Mag. III. S. 237 ff. Meine Bon. Poss. II. 2. S. 11 ff.

Digitized by Google

Zeit muß der eben bereits unter der Bezeichnung eines extraordinarium auxilium erwähnte kleine Nebenpunkt seine Stelle finden, dem in den Digesten ein eigener ein einziges Ulpian'sches Fragment enthaltender Titel zugewiesen worden ist[27]). Auch dieser hat seit dem Mittelalter an Stelle anderer viel wichtigerer Fragen über Gebühr Beachtung gefunden.

Die betreffenden Worte des Edicts sind uns aufbewahrt worden. Fr. un. pr. l. c.: Praetor ait: „uti me quaque lege senatus [ve] consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo"[28]). Es fehlt hier im Edict eine Beziehung auf kaiserliche Constitutionen, denen der Prätor natürlich auch untergeordnet ist, woraus man vielleicht abnehmen mag; daß dieser Passus des Edicts schon aus der Zeit vor dem Auftreten der Kaiserconstitutionen datirt. Im §. 7. I. de b. p. sind übrigens diese letzteren neben leges und SCta ausdrücklich hervorgehoben.

Der ganze Passus ist etwas Aehnliches, aber freilich auch nur Aehnliches, als der Schlußsatz des Edicts über die in int. restitutio[29]). Justinian stellt ihn,

27) Tit. D. ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur. 38. 14.

28) Fr. 6. §. 1. in fin. h. t.: legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem; fr. 3. unde leg. 38. 7: Generaliter igitur sciendum est, quotiescunque vel lex vel senatus [consultum] defert hereditatem non etiam bonorum possessionem, ex hac parte eam peti oportere: cum vero etiam bonorum possessionem dari iubet, *tum ex illa parte, qua ex legibus*, peti debere: sed et ex hac parte poterit.

29) Fr. 1. §. 1. ex quib. caus. maior. 4. 6: in integrum restituam, quod eius per leges plebisscita senatus-

Digitized by Google

indem er ihn recipirt, als siebente extraordinäre Klasse hinter die sechs ordentlichen Klassen des Erbsystems. §. 7. I. de b. p.: Septima eas secuta quam optima ratione praetores intraduxerant. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege vel senatusconsulto vel constitutione comprehensum est; quam neque bonorum possessionibus quae ab intestato veniunt, neque iis quae ex testamento sunt, praetor stabili iure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, *prout res exigit*, accommodavit; scilicet iis qui ex legibus senatusconsultis constitutionibusve principum ex novo iure *vel ex testamento vel ab intestato* veniunt.

Welche Fälle darunter gehören, ist von jeher sehr streitig gewesen; sicher nachweisbar erscheint in dieser Hinsicht sehr wenig. Da auch gar kein Indicium besteht, daß etwa ein früher bedeutenderes Anwendungsgebiet später zurückgedrängt worden sei, so ergiebt sich aus dieser uns entgegentretenden Dürftigkeit die geringe Wichtigkeit der ganzen Sache. Löhr hat das Verdienst, eine Reihe von Fällen, in denen man eine b. p. quib. ex leg. hat finden wollen, als unbegründet nachgewiesen zu haben (vgl. z. B. Ziff. 26. A. 12; Ziff. 27. A. 19.)[30]), aber Löhr verfällt doch selbst wieder in denselben Fehler, in unberechtigter Weise manches hieher zu ziehen, was nicht unter dem Gesichtspunkt steht, den in fr. un. §. 1. l. c. Ulpian als das Charakteristische dieser b. p. bezeichnet: nunquam bonorum

consulta edicta decreta principum licebit; vgl. fr. 28. §. 2. eod.

30) S. auch meine Bon. Poss. a. a. O. S. 13. A. 11.

Digitized by Google

possessio, quae ex alia parte edicti adgnita est, impedit istam bonorum possessionem [31]).

Als ein wirklich nachweisbarer Fall einer b. p. quibus ex legibus ist oben Ziff. 29. die Succession in die bona castrensia einer mit Vorbehalt der testamentifactio wegen eines Militärdelicts capite damnirten Militärperson angegeben worden. Hier ist, entsprechend dem §. 7. I. de b. p., sowohl testamentarische Succession (und gewiß dann auch sec. tab. b. p.) wie intestate hereditas und b. p. denkbar. Ferner trifft der Fall darin zu, daß (da iure communi der Fiscus succediren würde) keine b. p. ex alia parte edicti agnita dieser b. p. ein Hinderniß bereiten kann. Und endlich ist auf diese Weise, entsprechend dem §. 7. I. cit., welcher diese b. p. quib. ex leg. als siebente außerordentliche Klasse ausdrücklich dem practisch anwendbaren Rechte einverleibt, auch wirklich ein damals gültiger darunter gehöriger Fall gewonnen [32]).

31) Nach Löhr III. S. 260. soll in der sec. tab. b. p. aus civilrechtlich ungültigen Testamenten eine b. p. quib. ex leg. gelegen haben, wobei er sich auf die (im I. Bd. dieser Serie genauer interpretirten) in den Verrinen uns mitgetheilten Edictsworte beruft: si tab. test. obs. non minus multis signis, quam *e lege* oporteat, ad me proferentur, sec. tab. test. potissimum heredit. dabo beruft. — Ferner soll nach Löhr IV. S. 432, wenn es der Fall gewesen sein sollte, daß bei einer filia praeterita seit dem sie einschränkenden Rescript Antonius eine contra und secundum tabulas zusammen vorgekommen wäre, dies als b. p. quib. ex legibus aufzufassen sein.

32) Nach §. 7. u. 8. J. de b. p. soll hinter der sechsten (ordentlichen) Klasse (der b. p. unde vir et ux.) die quibus ex leg. als siebente (außerordentliche) ihren

Digitized by Google

§. 1600.

Uebergang der einzelnen Theile in definitive Erbklaſſen in der Kaiſerzeit und bei Juſtinian. [Verbunden mit nochmaliger Erörterung des Titels 5. 5 de her. pet. possess.] Stellung des Syſtems der b. p. zu dem der hereditas in der juſtinianeiſchen Compilation.

47. Der erſten Hauptaufgabe dieſes Bandes, der vollſtändigen Verarbeitung des reichen aus der Zeit der Pandektenjuriſten uns aufbewahrten Quellenmaterials, ſoweit es ſich auf das Geſammtſyſtem der b. p. bezieht (alſo abgeſehen von dem Sonderinhalt der einzelnen Klaſſen), war der §. 1599. gewidmet. An ihn wird ſich noch als eine Art Anhanges der vielfach wichtige Inhalt des den Anfang des nächſten Bandes einnehmenden §. 1604. ſchließen. Als zweite Aufgabe des vorliegenden Bandes, in den drei Paragraphen 1600

Platz haben. Ganz dem gemäß folgt in den Digeſten auf den Titel unde vir et uxor (38. 11.) gleich der de veteran. et mil. succ. (38. 12.). (Hiemit glaube ich gelöſt zu haben, was mir in meiner B. P. II. 2. S. 277. 278. 282. 283. [vgl. auch noch S. 275.] als ein unverſtändliches Räthſel erſchien). — Daß Juſtinian nachher (Titel 14.) unter den allgemein ſich auf das Syſtem der b. p. beziehenden drei Titeln 13—15. noch wieder den ut ex legibus auftreten läßt, erklärt ſich leicht. Wenn auch die Beerbung condemnirter Militärperſonen der einzige noch practiſche Anwendungsfall war, ſo geht doch an ſich das Edict: uti me quaque lege cet. von einem allgemeineren Sinne aus, und es iſt ganz dem Charakter der Compilation entſprechend, daß man die prätoriſche Edictsgrundlage an ſich unverändert ließ, auch wenn auf derſelben nur ein einziges noch geltendes Stück ruhte.

Digitized by Google

bis 1602, ist nunmehr zu entwickeln, wie das gesammte im vorigen Bande und jetzt im §. 1599. dargestellte Rechtsinstitut durch die spätere Kaiserzeit, Justinians Rechtssammlung und die mittelalterliche Reception zu uns nach Deutschland getragen worden, was davon Stück unseres practisch geltenden gemeinen Rechts geworden, und was aus dem ganzen Rechtsinstitut für unsere modernen Legislationen zu lernen und zu brauchen ist. Ich habe den Stoff dieser Fragen in eingehender Weise in meiner früheren Monographie über die b. p. (2ter Bd., 2te Abth.) behandelt. Danach kann ich — während in dem §. 1599. eine bisher in dieser Weise noch nicht unternommene Arbeit durchzuführen war, — mich in den jetzt folgenden drei §§., im Wesentlichen auf die früher gegebenen Untersuchungen gestützt, mit einer kürzeren Zusammenfassung der Resultate begnügen. Nur wo die inzwischen erschienene Literatur[33]) Berücksichtigung forderte, oder wo erneute Forschung neue Resultate in Aussicht stellen wird, darf eine eingehendere Behandlung der betreffenden Frage als gerechtfertigt erscheinen. Im Uebrigen halte ich mich zu der kürzeren Fassung um so mehr befugt, als in Rücksicht auf die practischen Ergebnisse des Ganzen sich seit meiner früheren Monographie in sehr wesentlichen Punkten eine erfreuliche Uebereinstimmung der Ansichten kund gethan hat.

33) Ueber die b. p. in der Kaiserzeit ist hervorzuheben die (schon in der Vorrede zum 1 ten Bande dieser Serie erwähnte) Schrift: **la bonorum possessio sous les empereurs romains depuis le commencement du II siecle jusqu' à Justinien exclusivement; par *Jacques Flach*. Paris, 1870.**

Digitized by Google

I. Entwicklung des zusammenfassenden Begriffs: *successio*. — In Ziff. 20. (insbesondere A. 33.) ist angegeben worden, daß in der classischen Juristenzeit man noch ganz auf dem Standpunkt steht, das gesammte reguläre Erbrecht mit den combinirten Worten: „hereditas und bonorum possessio“ zu bezeichnen. Ein Beides zusammenfassender technischer Ausdruck ist noch nicht zur Herrschaft gelangt. In der späteren Kaiserzeit dagegen hat das Bedürfniß eine solche vereinigende Bezeichnung zur Geltung gebracht. Sie lag sehr nahe, da ja hereditas und bonorum possessio durch den gemeinsamen Begriff: Universalsuccession verbunden waren. Man gebrauchte nun das (hereditas und b. p. subintelligirende) Wort successio in demselben Sinn, als wenn wir heutzutage sagen: civiles und prätorisches Erbrecht[34]). Daran knüpfte sich dann die oben Ziff. 32. bereits hervorgehobene Assimilirung der Begriffe über den Erbschaftserwerb. Die civile Erbfolge wird acquirirt durch die solenne (immer mehr zurücktretende) cretio und die formlose pro herede gestio (mit Inbegriff der nuda voluntas suscipiendae hereditatis), die prätorische durch die — das Moment der bloßen Willenserklärung vor dem Magistrat stets deutlicher hervorkehrende — bonorum possessionis agnitio. So kommt man von selbst zu der Ausdrucksweise: die *successio* wird erworben einerseits durch cretio und pro herede gestio, andererseits durch bonorum possessionis agnitio.

Folgende Stellen Diocletians[35]) werden dies ver-

34) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 72—78.

35) Ueber die Bedeutung Diocletians für das Erbrecht s. meine Bon. Poss. II. 2. S. 7—9.

Digitized by Google

anſchaulichen. — Wenn ausgedrückt werden ſoll, daß man iure civili Erbe werden kann, oder Erbe geworden iſt, ſo lautet es, man habe in dieſer Weiſe die successio deferirt erhalten oder erworben. L. 4. C. de legit. her. 6. 58: *et agnitionis iure successio eius tibi delata est*, etiam citra bonorum possessionis subsidium legitimo iure subnixus es. L. 8. C. de suis et legit. 6. 55: *heres extitit* sua, et ad te *transmisit successionem*. L. 13. C. de iure del.: suum heredem omissa bonorum posessione *paternam successionem obtinere* potuisse. — Wenn es ſich darum handelt, es habe Jemand die b. p. agnoscirt oder ſie werde deferirt, ſo heißt es auch hier, er habe die successio [36]) erworben oder deferirt erhalten. L. 2. C. quor. bon. 8. 2: recte petita bonorum possessione *quaesisti successionem*. L. 3. C. unde legit. 6. 15: *iure honorario successio defertur*. — Wenn man Civilrecht und prätoriſches zuſammenfaſſen will, ſo wird dies einfach durch die Worte angegeben: daß die successio (oder auch wieder geradezu: hereditas) civili vel honorario iure in Frage komme. L. 14. C. de iure del.: si sorori suae frater tuus *civili vel honorario successit iure . . heres* tamen effectus. L. 3. C. Comm. de succ. 6. 59: Vitrico privigni *successionem intestati civili vel honorario iure* non deberi, certissimum est. L. 10. C. eod.: Nutritoribus hoc nomine *nec civili nec honorario iure defertur hereditas*. L. 8. C. ad exhib. 3. 42: si quidem ei, qui

36) Auch geradezu der Ausdruck: heres-Werden kommt bei Diocletian bereits vor. L. 1. C. unde lib. 6. 14: Si avus tuus relictis tribus *emancipatis* filiis decesserit, hique *bonorum possessionem unde liberi acceperint*, pro rata portione *heredes eos extitisse* palam est.

Digitized by Google

deposuit, ***successisti iure hereditario*** . . . . si vero ***nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet.***

In dieſer Bezeichnungsweiſe liegt, daß man ſich die hereditas und bonorum possessio, wenn auch Beide noch auf verſchiedene Weiſe erworben, doch im Uebrigen bereits als ein einziges juriſtiſches Ganzes denkt. Es iſt dieſelbe ***successio***, welche auf die eine oder andere Weiſe erworben wird (gerade ſo wie es dieſelbe hereditas bleiben würde, auch wenn man ſich dächte, daß früher die cretio nur für die teſtamentariſche, die pro herede gestio dagegen für die inteſtate hereditas beſtanden habe). Consultatio vet. ICti VI. 19. (Huschke iurisp. p. 734.)[37]: Manifesti atque evidentis iuris est, antequam ***cerneret vel*** [dieſe zwei Worte fehlen in l. 7. C. de iure del.] ***pro herede gereret vel bonorum possessionem peteret*** defuncta, ***successionem*** eam non potuisse ad heredes suos transmittere (Ziff. 35. A. 98.). L. 8. C. de legit. her.: Si his, de quorum ***successione*** agitur, apud hostes defunctis secundum legis Corneliae beneficium iure agnationis ***adita hereditate vel petita bonorum possessione successisti.*** L. 2. C. Comm. de succ.: Si pater tuus propiori sobrino tuo agnato constituto et intestato defuncto ***civili iure adita hereditate*** vel, hoc ab initio non interveniente, seu capitis deminutione peremto, ***solemniter bonorum possessione admissa successit***[38].

37) L. 4. C. Hermog. (tit. 4.).

38) Auch rückſichtlich des Erwerbes beſteht bei Diocletian ſchon die Anſchauung, daß im civilrechtlichen Erwerb wie in der bonorum possessionis agnitio gemeinſam die voluntas acquirendae *hereditatis* liege. L. 4. C.

Digitized by Google

Diese in der späteren Kaiserzeit zur unbestrittenen Herrschaft gelangte Bedeutung der successio ist übrigens (sehr erklärlicher Weise) schon durch gelegentliche in gleichem Sinn von den classischen Juristen gethane Aeußerungen vorbereitet [39]). Schon Scävola gebraucht in fr. 40. pr. de legat. III. (32) den Ausdruck: ad utrumque autem ut proximum cognatum ***successio eius pertinuit per bonorum possessionem.*** — Papinian sagt in fr. 77. §. 29. de legat. II: cum existimaret ad solam consobrinam suam bona perventura, codicillis ab ea factis pluribus fideicommissa reliquerat. ***iure successionis*** [40]) ad duos eiusdem gradus ***possessione devoluta*** rationibus aequitatis et perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem

unde legit. 6. 15: Non hoc an tenuerit quis res hereditarias necne, sine *voluntate acquirendae sibi hereditatis*, quaerendum est, sed *an admisit hereditatem vel bonorum possessionem.*

39) Es ist nicht richtig, wenn Flach p. 27. 28, gestützt auf die von mir (Bon. Poss. II. 2. S. 58 – 60. S. 74 — 78.) zusammengebrachten Diocletianischen Stellen, den Gebrauch, des Wortes successio in dem, hereditas und b. p. zusammenfassenden Sinn erst ganz von Diocletian datirt. Von der classischen Zeit [aus der er das fr. 13. §. 4. de publican. 39. 4. (vgl. Bd. I. dieser Serie S. 297. A. 86.) und das fr. 29. §. 2. de donat. 39. 5. (Papinian): „iure praetorio *successit*" als durch Justinianeische Interpolation verändert vermuthet] meint er: avant Diocletien on ne nous presente *jamais* la b. p. comme une *succession*, le b. p. possessor comme un *heritier*" — Vgl. auch oben Ziff. 23. A. 74.

40) S. noch fr. 16. de suis et leg. 38. 16. (Pap.): eam scripturam *ius successionis* non mutasse constitit.

Digitized by Google

relevandam respondi. — Und von Ulpian haben wir folgende Ausſprüche: fr. 1. §. 8. ut legator 36. 3: nec non et qui per alios *heredes* existunt sive *honorarii successores* ad satisfactionem compelluntur; fr. 1. §. 17. si quadrupes 9. 1: hanc actionem nemo dubitaverit heredi dari ceterisque successoribus: item adversus heredes ceterosque non *iure successionis*[41]), sed eo iure, quo domini sint, competit; fr. 6. §. 1. ad SC. Trebell. 36. 1: sed est verius eoque iure utimur, ut hoc senatus consultum ad intestatos quoque pertineat, *sive legitimi sive honorarii sint successores*; fr. 1. §. 7. de legat. III: nec tantum proximi bonorum possessoris, verum inferioris quoque fidei committere possumus. §. 9. Illud certe indubitate dicitur, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei *succedere* potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante *ad sequentem gradum devoluta sit successio*, eum fideicommissum non debere. Ja nach Collat. XVI. 5. §. 1. ſoll Ulpian ſogar bereits geſchrieben haben: ab intestato quoque *hereditas defertur* aut per ius civile aut *per praetoris beneficium.*

48. In den nachdiocletianiſchen Kaiſergeſetzen tritt die begriffliche Verſchmelzung, wie ſie in dem

41) Vgl. auch fr. 8. §. 8. quib. mod. pign. 20. 6. (Marcian.): sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui non *successionis iure* sed alio modo rem nactus est; fr. 22. §. 3. in fin. de inoff. test. 5. 2. (Tryphon.): cum non proprio nomine, sed *iure cuiusdam successionis* egi; fr. 7. pr. de bon. damn. 48. 20. (Paul.): ut qui *ad universitatem venturi erant iure successionis,* ex ea portiones concessas haberent.

Digitized by Google

die hereditas und b. p.[42]) zusammenfassenden Ausdruck successio liegt, noch in verstärktem Maße hervor.

Allerdings kommen noch immer Bezeichnungsweisen vor, die der unter den classischen Juristen herrschenden Terminologie gleichartig sind. So wird der testamentarische Erbe als der „relictus“ heres dem „legibus ad successionem vocatus“, als dem Intestaterben gegenübergesetzt, wobei denn aber unter letzterem auch der prätorisch Gerufene mitbegriffen wird[43]). Ja sogar es

42) Hie und da wird Beides noch einfach copulativ nebeneinander gestellt. L. 5. C. de temp. in int. rest. 2. 53. (Constantin. 312; — als l. 2. Th. C. de integr. rest. 2. 16. auf das Jahr 329. gestellt): §. 2. quantum defuncto cuius *heres aut bonorum possessor* docebitur extitisse, reliquum fuerat. §. 3. si quidem *civili iure ab intestato vel ex testamento successerit*, mox cum [Th. C.: creta] fuerit [Th. C.: vel] adita hereditas, si vero *honorario iure*, ex quo bonorum possessio fuerit accepta. [Die Interpr. drückt dies so aus: cum autem maior minori seu ex testamento seu ex quocunque iure successerit, cum primum ad eum *hereditas defuncti pervenerit*]. Die Stelle des Th. C. fährt noch fort: quae non pro locis regionibus atque provinciis, in quibus morantur qui *heredes aut bonorum possessores sunt*, observari iubemus, sed in quibus defuncti domicilia collocaverant. — L. 4. Th. C. de temp. cursu 2. 6. (Constantin., Constant., et Const. 338.): non . . a decedentium primo die . . . sed *ex die petitae bonorum possessionis vel aditae hereditatis* [die Interpret. faßt dies so: non ex die qua ille defunctus est, sed *ex quo hereditatem acceperat*].

43) L. 107. Th. C. de decur. 12. 1. (Grat. Val. et Theod. 384.): Quicunque heres . . vel legitimus vel electus testamento graduve successerit; l. 5. Th. C. de

Digitized by Google

kommt auch vor, daß unter legitima successio (im Gegensatz zu der insbesondere die b. p. unde cognati einnehmenden naturalis successio) noch ganz im alten Sinn die civilrechtliche Intestaterbfolge verstanden wird[44]). Ferner wird auch [in Anknüpfung an die bei den juristischen Classikern herkömmliche Unterscheidung der heredes et honorarii successores oder ähnlicher Ausdrücke — Bd. I dieser Serie S. 298. 299. A. 86.] noch mehrfach bis auf Justinian hin: „hereditas vel successio" zur Gesammtbezeichnung der verschiedenen Arten der Universalsuccession nebeneinander gestellt[45]).

test. 4. 4. (Honor. et Theod. 416.): nemo itaque relictus heres vel legibus ad successionem vocatus [l. 20. C. de testam. 6. 23]; l. 18. pr. C. de iure delib. 6. 30. (Theod. et Valent. 426.): hereditas sit derelicta vel ab intestato delata.

44) L. un. C. unde vir et ux. 6. 18. (Theod. et Valentin. 428.): quoties deficit omnis parentum liberorumve seu propinquorum *legitima vel naturalis* successio. [Anders dagegen ist der Gegensatz von legitima und naturalis successio in l. 123. Th. C. de decurion. 12. 1.]. Vgl. auch l. un. Th. C. de bon. cleric. 5. 3. (Theod. et Valentin. 434.): nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes utriusque sexus, vel liberi, vel si qui agnationis cognationisve iure iunguntur, vel uxor extiterit, bona quae ad eum pertinuerint .. ecclesiae .. socientur. Nov. Theod. II. 17. 2 §. 1. 4. (444.): nullis e numero propinquorum extantibus, vel uxore vel marito.

45) L. 13. Th. C. de pistorib. 14. 3. (Valent. Val. et Grat. 369.): rem pistrino *hereditatis successionisve* meritis obligatam; l. 16. Th. C. de extraord. sive sord. mun. 11. 16. (Valent. Theod. et Arc. 385.): ad *heredem successoremve* transire non potest [l. 13.

Digitized by Google

Weit überwiegend dagegen sind Ausdrücke, wodurch hereditas und bonorum possessio als die sich ganz gleichstehende Erbfolge des bestehenden Rechts gekennzeichnet wird.

1) Zunächst durch Verwendung des in Ziff. 47. dargestellten, seit Diocletian herrschend gewordenen Gebrauchs von *successio* und succedere.

L. 1. Th. C. si petitionis soc. 10. 14. (Constantin. 315): nec superstites dereliquerit *successores* . . . qui intestatus aut sine liberis defunctus est.

L. 1. Th. C. fam. erc. 2. 24. (Constantin. 321): cum filiis ac nepotibus *iure civili vel auxilio praetoris* ut suis heredibus defuncti *successio deferatur*.

L. 1. C. de her. decur. 6. 62. (Constantius.

C. de excus. mun. 10. 47.]; l. 3. Th. C. ad leg. Corn. de sicar. 9. 14. (Arcad. et Hon. 397.): filii vero . . a materna vel avita, omnium etiam proximorum *hereditate ac successione* habeantur alieni [l. 5. C. ad leg. Jul. mai. 9. 8.]; l. 15. C. de advocat. 2. 7. (Leo. 472.): ad *heredes seu successores* suos, sive liberi sive extranei fuerint, transmittendi *tam ex testamento quam ab intestato* habeat liberam facultatem; l. 11. C. de legit. her. 6. 58. (Anastas. 502.): in *hereditatibus vel successionibus;* l. 11. C. de prox. sacror. scrin. 12. 19. (Anastas.): defuncti *heredes et* (vel) *successores* . . . si *hereditas vel successio* defuncti minime fuerit suscepta vel adita . . . ad *heredes successoresque* suos; l. 7. §. 1. ad SC. Trebell. 6. 49. (Just. 530.): nullo *herede vel successore* existente; l. 7. §. 3. C. de cur. fur. 5. 70. (Just. 530.): sin autem ex alia quacunque causa *hereditas* ad eum *vel successio* perveniat. §. 7. si quid postea ad furiosum pervenerit sive *ex hereditate vel successione*.

Digitized by Google

354): si quis . . sine testamento et liberis *vel successoribus* defunctus sit, *hereditatem* eius non ad fiscum. cet.

L. 3. C. eod. (Id. 349): si . . sine testamento vel *quolibet successore* ultimum diem obierit, *successionem* eius non ad fiscum. cet.

L. 20. Th. C. de episcop. 16. 2. (Valent. Val. et Grat. 370): Ceterum si earum qui voluntate percipiunt, *ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiis* adiuvantur, capiant ut propinqui.

L. 3. §. 1. C. de sec. nupt. 5. 9. (Grat. Valent. et Theod. 382): id quod *per eandem successionem ab intestato vel ex testamento* suae posteritatis mater videbitur consecuta.

Nov. Maioriani. 6. §. 11. (458): ex iis personis est, quibus etiam ab intestato *deferri quocunque gradu vel titulo poterat antiquo iure successio.*

L. 7. C. de natur. lib. 5. 27. (Justinus 519): *successionesque* tam ex testamento quam ab intestato capiant.

2) Andere Ausdrücke faſſen das civile und prätoriſche Recht als den, ſich damals in der practiſchen Geltung vollkommen gleichſtehenden, auf die *successio* ſich beziehenden *legum ordo* auf, und bezeichnen daher ſowohl die in civilrechtlicher wie prätoriſcher Klaſſe Stehenden als die „legitimi successores“ oder als die „ex lege“ zur Vindication der Erbſchaft Berechtigten.

L. 3. C. de incest. nupt. 5. 5. (Constantin. 319): nullosque habeat liberos vel parentes vel etiam propinquos qui *secundum legum ordinem ad eius successionem* vocantur.

L. 49. §. 1. Th. C. de decurion. 12. 1. (Con-

Digitized by Google

stantius 361): propinquis suis, quos tamen gradus poterant *legiti mae successionis* attingere.

L. 6. C. de incest. nupt. (Arcad. et Honor. 396): sive testato sive intestato *legibus ei et iure succedant.*

L. 9. Th. C. de legit. hered. 5. 1. (Theodos. et Valent. 428): ut nemo de propinquis successionem mortui *vindicare possit ex lege.*

L. 4. C. de praepos. sacri cubic. 12. 5. (Leo): testamenta quidem ad similitudinem aliorum, qui ingenuitatis infulis decorantur, pro sua liceat eis condere voluntate; intestatorum vero nemo dubitet facultates, utpote *sine legitimis successoribus defunctorum,* fisci viribus vindicari.

Nov. Authemii 3. §. 1. (468): rem . . ad se devolutam ex *legitima successione.*

L. 4. C. de his qui sponte 10. 43. (Justinian.): ut *legitimos tam ex testamento quam ab intestato successores* habeat.

3) Noch einen Schritt weiter liegt die zuweilen vorkommende (auch schon von Diocletian gebrauchte) eigenthümliche Ausdrucksweise: *successionis hereditas* oder *hereditatis successio,* woraus erhellt, daß man hereditas ganz in dem allgemeinen, dem Wort successio gleichbedeutenden Sinn von „Erbrecht" nimmt.

[L. 8. C. qui petant tutores 5. 31. (Diocl. 291.): ab hereditatis successione matrem repelli . . . perquam durum est.]

L. un. Th. C. de mulierib. quae se servis (Constantin. 326.): §. 3. *Successio* autem mulieris ab intestato vel filiis si erunt legitimi, vel proximis cognatisque deferatur, vel ei quem ratio iuris admittit [L. un. C. de mulierib. quae se pro-

Digitized by Google

priis. 9. 11.]. §. 5. Sint filii, sint potiores fratribus, proximis atque cognatis, ***sint relictae successionis heredes.***

L. 3. Th. C. de legit. her. 5. 1. (Grat. Valent. et Theod. 383.): Quoties de emancipatae filiae ***successione*** tractatur . . . filiis ex ea genitis . . . intacta pro solido ***successio*** deferatur, neque ulla defunctae patri matrique concedatur ***intestatae successionis hereditas***, cum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum . . . successio liberorum. [l. 4. C. ad SC. Orphit. 6. 57.].

4) Der Endschritt in dieser Richtung ist, daß man einfach das Wort ***heres*** oder ***hereditas*** im weiteren Sinn für „Erbrecht" gebraucht, so daß auch die prätorischen Klassen darunter mitbegriffen sind. Es kommt dies in den mannigfachsten Wendungen vor.

L. un. Th. C. de bon. decur. 5. 2. (Constantin. 319.): Si . . sine liberis intestatus diem vitae solverit, cui neque ***voluntas postrema legibus fulta***, neque ***alio iure gradu proximo heres extiterit***, . . . revera ***et testamentum et successor deesse legitimus*** approbetur.

L. 6. Th. C. de sponsal. 3. 5. (Constantin. 336.): dimidiam ad defuncti vel defunctae ***heredes*** cuiuslibet gradus sint et ***quocunque iure successerint.*** [L. 16. C. de donat. ante nupt. 5. 3.].

L. 1. Th. C. de bon. milit. 5. 4. (Constantius 347.): intestatus ***sine legitimo herede*** decesserit [l. 2. C. de her. decur. 6. 62.].

L. 2. Th. C. si petitionis socius ***sine herede.***

Digitized by Google

(Constantius 348.): *nullo herede* derelicto decesserit. [l. un. C. si imp. lib. soc. 10. 14.] [46]).

L. 2. §. 5. Th. C. si vagum petat. manc. 10. 12. (Valent. et Val. 365): in his qui . . *dominis sine herede defunctis* invenientur dominos non habere.

L. 1. C. de secund. nupt. 5. 9. (Grat. Valent. et Theod. 380.): *hereditates ab intestato vel legitimas vel honorarias* non ultra tertium gradum sinimus vindicare.

L. 10. Th. C. de annonis civic. 14. 17. (Theod. Arc. et Hon. 392.): vel *in heredes proprios iure sanguinis* transfuderunt, vel in extraneos distractionis titulo transscripserunt, maneat quod gestum est vel *hereditatis merito* vel venditionis arbitrio.

L. 12. Th. C. eod. (Iidem. 393.): *in heredes proprios iure successionis* vel in extraneos venditionis titulo transierunt.

L. 30. Th. C. de petitionib. 10. 10. (Honor. et Theod. 421.): si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo *legitimum* reliquerit intestatus *heredem.*

L. 4. C. de hered. decurion. 6. 62. (Theod. et Valent. 429.): Intestatorum . . bona, si *sine herede* moriantur [47]).

46) In l. 2. Th. C. 9. 42. vom J. 356. ſagt derſelbe Kaiſer: ut accipiat *hereditatem* qui eam *iure civili vel praetorio poterat vindicare.*

47) In l. 2. C. quando et quib. quarta pars. 10. 34. gebrauchen dieſelben Kaiſer (442) das Wort *heres* im weiteſten Sinn für alle teſtamentariſchen und Inteſtaterben ſogar mit Inbegriff der fideicommiſſariſchen: *heres* autem, ad quem *ab intestato vel ex postrema*

Digitized by Google

L. 5. C. eod. (Iidem. 438.): Si .. *sine* liberis vel *legitimo herede* decesserit non condito testamento. [Nov. Theodos. 6. §. 3.].

Nov. Valent. III.—24. §. 1. (447): eius *heredes*, sive extranei sive filii sive filiae sive nepotes neptesve fuerint, vel propinqui cuiusque cognationis et nominis.

Diese Auffassung aller durch das entwickelte römische Erbsystem Berufenen als *heredes* im weit. S. (quocunque iure oder quolibet titulo) bildet die Vorstufe zu der Behandlung, welche, wie wir weiter unten sehen werden, Justinian den ins Corpus Juris recipirten Erbklassen angedeihen läßt.

49. — II. Entstehung der *successionis vindicatio* für den bonorum possessor (her. pet. possessoria). Die Frage über die Entstehung dieses Rechtsmittels [48]) hat sich in neueren Zeiten sehr ver-

voluntate, directis vel fideicommissariis verbis, decurrit hereditas; während für denselben Fall dieselben Kaiser 428. noch ausdrücklich die hereditas und b. p. unterscheiden: l. 1. eod.: qui curiali *successit*, competentis eidem iuris (sive ex asse sive ex parte *heres sit bonorumve possessor*) partem quartam. cet.

48) v. Löhr Mag. III. S. 335. 336; v. Savigny Verm. Schr. II. S. 235 ff.; v. Löhr Archiv f. civ. Pr. XII. S. 88. 96. 98 ff. S. 111.; Mag. IV. S. 407. 418; Fabricius Rhein. Mus. IV. S. 176—180, S. 209—211; Bon. Poss. S. 200 ff.; Arndts Beitr. I. S. 50 ff.; Huschke in Richterſch. Jahrb. 1839. S. 19 ff.; Mühlenbruch Pand. §. 712; Mayer Erbrecht S. 402. 403; v. Vangerow Pand. II. §. 509. S. 423. 424; Meine Bon. Poss. II. 2.

Digitized by Google

einfacht, aber man muß unparteiisch einräumen, daß doch in gewissen engeren Gränzen eine völlig sichere Antwort sich nach Lage der Quellen noch nicht hat erreichen lassen.

1) Während man früher in der Ansicht, daß der bonorum possessor, als loco heredis gestellt, auch von jeher die her. pet. possessoria gehabt haben müsse, gar keine historischen Schwierigkeiten fand [49]), sah man seit genauerer Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der b. p. bald ein, daß diese Klage in den ursprünglichen Bau des Instituts und der nach den Quellen dafür gegebenen Rechtsmittel noch nicht hineinpasse. Allgemein hat dann wohl eine Zeit lang die Auffassung Savigny's geherrscht, daß, da wir die erste unsere Klage erwähnende Notiz in einer von Gaius herrührenden Pandektenstelle (fr. 2. de poss. her. pet. 5. 5.) besitzen, die Einräumung der her. pet. an den bonorum possessor um die Zeit Mark Aurels gesetzt werden müsse. Im Widerspruch hiegegen hat Fabricius die Digestenstellen des Titels de poss. her. pet. für interpolirt und die Schaffung der Klage für eine monströse That Justinians erklärt [50]).

Daß jedenfalls dieses Letztere nicht richtig ist, habe ich in meiner Bon. Poss. dargethan, indem ich den zweifellosen Bestand der Klage zur Zeit Diocletians aus einer Reihe von Stellen dieses Kaisers, bei denen an Interpolation nicht zu denken ist, unter dem Namen

S. 16—63. S. 234 f.; Flach a. a. O. (Ziff. 47. A. 33.) p. 84—151.

49) Glück in diesem Commentar Bd. VIII. S. 15 ff.

50) Die Kritik der bisherigen Ansichten s. in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 17–35.

Digitized by Google

successionis vindicatio nachgewieſen habe[51]). Es bleibt aber doch immer noch der Zweifel, ob die Klage ſchon den claſſiſchen Juriſten bekannt geweſen ſei, und was im Genaueren den Anlaß zu ihrer Einführung gegeben haben möge. Die beiden Fragmente des Digeſtentitels de possessoria hereditatis petitione ſind allerdings — inſoweit iſt Fabricius Recht zu geben — geeignet, volles Bedenken gegen die Annahme wachzurufen, daß die Juriſten hier wirklich von der successionis vindicatio des bonorum possessor geredet haben möch-

51) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 51—61. — L. 4. C. qui admitti. 6. 9: Emancipata, si non agnovit intra annum unde liberi b. possessionem, nullam ad heredes *vindicationem successionis* transmittere potuit; l. 2. C. unde legit. 6. 15: sine auxilio b. possessionis eius te *successionem vindicare* non posse; l. 2. C. de succ. ed. 6. 16: Si . . ex successorio capite petiisti b. possessionem vel necdum exclusus petas, eorum *successionem* potes *vindicare;* l. 8. C. de legit. her. 6. 58: Si . . adita hereditate vel petita b. possessione *successisti*, eorum *substantiam vindicare* non prohiberis; l. 5. C. Comm. de succ. 6. 59: admisisse te b. possessionem probans eorum *vindica successionem;* l. 8. C. eod.: perspicis, quod testamentariae successionis spe durante, intestato *bona defuncti* non recte vindicentur; l. 9. C. de pet. her. 3. 31: Si scripti heredes delatam sibi *successionem* cognati repudiaverunt et hanc *honorario vel civili iure quaesiisti,* res hereditarias quae in eadem causa durant, *hereditatis petitione vindicare* potes. L. 1. Cod. Hermog. de successionib. (tit. 12.): Si secundum edicti formam testamentum obsignatum extitit (alſo hier wird b. p. aus einem prätoriſchen Teſtament vorausgeſetzt), *bona*, quae cum moreretur auctor tuus eius fuerunt, *solenniter petes* [Consultatio VI. 18].

Digitized by Google

ten [52]). Das fr. 1. von Ulpian: Ordinarium fuit post civiles *actiones* heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum quibus bonorum possessio data est — enthält nur den allgemeinen Satz, daß der Prätor nach den dem heres gegebenen Klagen auch den Klagenschutz des b. possessor namhaft gemacht hat. Unter diesen actiones aber, in denen der Prätor den bonorum possessores Rechnung trägt, kann ohne Zweifel auch bloß das im vorigen Bande dargestellte ursprüngliche Klagensystem der b. p., nämlich die ficticiae actiones und das Interd. quor. bon., von Ulpian gemeint worden sein [53]); eine Beziehung auf die hereditatis petitio possessoria gewinnen Ulpians Worte erst durch die Titelüberschrift, unter die sie durch Justinian gestellt worden sind. — Das fr. 2. von Gaius sagt: *per quam hereditatis petitionem* tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus *actionibus* heres consequi potest. Auch hier die Rückbeziehung auf die von Justinian geschaffene Titelrubrik, die es so nahe legt, daß auch die dahin zielenden Relativworte: per quam hereditatis petitionem von Justinian herrühren mögten,

52) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 25 ff.

53) Vgl. das schon Bd. I. dieser Serie S. 356. hervorgehobene fr. 1. §. 10. in fin. de insp. ventr. 25. 4: quas utique *actiones* me daturum polliceor his, quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit. — In demselben Sinn kann auch das oben Ziff. 17. unter Nr. a. mitgetheilte fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab. verstanden werden; vgl. auch das Bd. I. dieser Serie S. 402. A. 8. besprochene fr. 16. §. 1. de inoff. test.

Digitized by Google

während Ulpian entsprechend dem citirten fr. 1. §. 10. (A. 53.) nur von den dem b. possessor versprochenen *actiones* geredet haben werde. Hätte nämlich Ulpian wirklich von der her. pet. poss. gesprochen, so ist einerseits nicht einzusehen, warum Justinians Compilatoren (die doch sonst nicht so auf Raumersparung ausgehen) nicht auch den Ulpian'schen Vordersatz sollten aufgenommen haben, und andererseits, warum nicht Ulpian gesagt haben sollte, es erlange damit der b. possessor *idem* wie der heres mit den superiores civiles actiones. Das *tantundem* deutet gerade auf juristisch verschieden construirte, aber im Effect gleich wirksame Rechtsmittel.

Abgesehen von diesen beiden Stellen des Digestentitels 5. 5. kommen für unsere Frage noch insbesondere vier Stellen aus der classischen Zeit in Betracht, in denen von einem „*hereditatem petere*" des b. possessor die Rede ist.

a) Von der ersten Stelle: fr. 13. pr. de b. p. c. t.: cum emancipatus b. possessionem c. t. accipit, scriptus heres *ei hereditatem petenti* cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare, — ist schon oben mehrfach die Rede gewesen (Ziff. 7. bei A. 39.; Ziff. 10. bei A. 68.). Julian spricht hier von dem materiellen transferre des omne ius vom scriptus heres an den c. t. b. possessor. Wie sollte der Jurist dieses materielle Einfordern der Erbschaft wohl bequemer ausdrücken als mit den Worten hereditatem petere [54]), ohne damit das Mißverständniß besorgen zu müssen, daß man darunter nicht die allbekannten actiones „quas praetor se daturum his pollicetur qui-

54) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 30.

Digitized by Google

bus ex edicto b. p. data est", sondern eine eigens construirte her. petitio zu verstehen hätte?

b) Daß in der That das Einfordern der Erbschaft, wie es der bon. possessor (abgesehen von den fictitischen Klagen) mit dem Int. quor. bon. realisirt, durch den Ausdruck hereditatem petere von den Römern jedenfalls auch mit bezeichnet wird, beweist sich mit Sicherheit aus der zweiten in Betracht zu ziehenden Stelle, einem noch der classischen Zeit angehörenden Kaiserrescript (Ziff. 7. A. 39). In l. 1. C. quor. bon. vom Jahr 197. sagen nämlich die Kaiser Sever und Antonin: *hereditatem* eius, quem patrem tuum fuisse dicis, *petiturus*, iudicibus qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis *enim* bonorum possessionem ut praeteritus [55]) agnovisti, *tamen interdicto quorum bonorum* non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris. Die Kaiser beginnen mit dem allgemeinen Satze: wenn man als Kind des Verstorbenen „die Erbschaft einfordern" will, so muß man den Richtern die Wahrheit seiner intentio beweisen. Dieser Satz gilt ohne Zweifel auch für die civilis hereditatis petitio, von der aber die Kaiser hier nicht weiter reden. Dagegen wenden sie ihn auf die b. p. an und hier gestaltet er sich zu dem Resultat, daß keineswegs das Agnoscirthaben der b. p. genügt, sondern der b. possessor, um nun auch in den Besitz der Güter zu gelangen, die Thatsachen, worauf sich die betreffende edictale b. p. stützt [56]), beweisen muß. Eine

55) Es ist hier also von der c. t. b. p. die Rede, nicht (Brinz Pand. S. 706.) von der b. p. unde liberi.

56) Wie hier im Genaueren die Beweisfrage zu fassen sei,

Digitized by Google

ungezwungene Auffassung der Stelle führt also gerade darauf, daß der formelle Weg, auf dem der b. possessor „hereditatem petit", das Int. quor. bon. ist. Daß dieser Weg jedenfalls unter den Sinn des hereditatem petere fällt, ist ganz zweifellos. Daß daneben für den bonorum possessor noch der andere Weg der her. pet. poss. darunter gehöre, dafür ist in der Stelle keinerlei Hindeutung zu finden [57]).

c) Die dritte Stelle, in der vom „hereditatem petere" des b. possessor gesprochen wird, fr. 3. §. 13. de Carbon. ed. 37. 10., ist von ganz besonderem Interesse. Es muß zur Erläuterung derselben Einiges aus der Lehre vom Carbonianum edictum vorausbemerkt werden.

kann erst unten (Ziff. 66. Nr. 1.) zur Erörterung kommen.

57) Savigny's (nach Cuiacius gegebene) Erklärung (S. 276.) trägt Dinge in die Stelle hinein, die doch gar nicht in ihr gegeben sind. Er bezieht den Anfangssatz willkürlich gleich auf die her. pet. possessoria und übersetzt die Stelle so: „wenn Du das Vermögen Deines angeblichen Vaters mit der her. petitio (possessoria) einklagen willst, so mußt Du vor Gericht die streitigen Thatsachen beweisen. Denn obgleich Du die b. p. c. t. agnoscirt hast, also anstatt der *her. petitio* auch das Interdict *quorum bonorum* erwählen könntest, so würde doch selbst dieses hierin keinen Unterschied machen, indem Du auch bei dem Interdict die streitigen Thatsachen, namentlich die behauptete Verwandtschaft und den wirklichen Erwerb der Erbschaft, oder hier vielmehr der bonorum possessio, beweisen mußt". Ueber die richtige Auffassung der Worte: et ad hereditatem *vel* bonorum possessionem admissum s. unten Ziff. 66. A. 12.

Digitized by Google

Wenn der Prätor einem Unmündigen als dem Kinde des Verstorbenen die b. p. Carboniana gegeben hat, so soll dasselbe, obgleich seine Legitimität bestritten wird, einstweilen ganz so gestellt sein, als wenn ihm keine controversia von seinem Gegner gemacht worden wäre; fr. 7. §. 4. eod.: quotiens Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset si nulla controversia fieret ei qui b. possessionem acceperit [58]). Leistet nun der Unmündige keine Satisdation, so wird sein Gegner in die possessio mittirt, und erhält außerdem die Administration, wofern er seinerseits Satisdation leistet, wogegen im Nichtleistungsfall dieser Caution ein Curator für die Administration constituirt wird. Leistet aber der Unmündige die Satisdation, so ist er selbst damit in die Lage versetzt, die aus der b. p. hervorgehenden Klagen anzustellen. Hermogenian beschreibt uns dieselben in nicht zu verkennender Weise: fr. 15. eod.: haec b. p., si satisdatum sit, non tantum ad possessionem apiscendam [Interdictum quorum bonorum, Gai. IV. 144.] sed ad res etiam persequendas [die dinglichen Einzel-Klagen, Gai. IV. 34.] et debitum exigendum [die obligatorischen Einzel-Klagen, Gai. IV. 34.] et collationem bonorum et dotis et omnium quae conferri diximus prodest [59]). Eine andere

58) Fr. 3. §. 5. eod.: ut perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat.

59) Man hat wohl behauptet, daß diese aus so später Zeit herrührende Stelle erst nachconstantinisches Recht enthalte (v. Löhr Mag. II. S. 458. 459.). Aber umgekehrt, daß sie mit Gaius in Betreff der Rechtsmittel so genau übereinstimmt, beweist, daß sie nicht nach-

Digitized by Google

Stelle (von Julian) bezeichnet dieses ohne Berührung der streitigen Erbfrage gestattete Klagen folgendermaßen: fr. 4. in fin. eod.: quam cum acceperit, perpetuo [60]) ***possessoriis actionibus*** utetur; sed si post pubertatem contra eum iudicatum fuerit, denegabuntur ei actiones.

Also die „possessoriae actiones" müssen in einer Weise angestellt worden sein, daß es von vornherein klar war, ihre Durchführung solle der späteren Entscheidung der streitigen Erbfrage keinen Eintrag thun. Nun ist aber, wenn nach der unter Nr. b. betrachteten Codexstelle ein c. t. b. possessor gegen seinen Gegner mit dem Int. quor. bon. beweist: se defuncti filium esse et ad b. possessionem admissum, ohne Zweifel diese Frage unter den Parteien mit res iudicata festgestellt. Und ferner kann kein Zweifel sein, daß, wenn aus besonderen Gründen es rathsam erscheint (fr. 3. §. 5. de Carb. ed.), den Streit über die Erbfrage des in seiner Legitimität bestrittenen Unmündigen nicht hinauszuschieben, dieser Unmündige mit Anstellung seines Int. quor. bon. [oder auch der Einzelklagen] sogleich durch den Beweis: se defuncti filium esse diesen Punkt definitiv feststellen kann. — Es fragt sich daher — da nothwendig es ein processualisches Mittel gegeben haben muß, um jene (die Erbfrage unberührt lassende) und diese (sie definitiv feststellende) Wirkung derselben Klagen, nämlich des Int. quor. bon. und der ficticischen Einzelklagen, von vorn

constantinisches Recht enthält. — Vgl. auch Huschke Richt. Jahrb. 1839. S. 31.

60) Dieses „perpetuo" bestätigt die Bd. I. dieser Serie S. 357. 358. besprochene Frage.

Digitized by Google

herein zu kennzeichnen, — worin wohl dieses Mittel bestanden haben möge. Vielleicht ist es nicht zu gewagt, zur Herstellung der bloß provisorischen Wirkung hier eine praescriptio *pro actore*: ea res agatur ne praeiudicium hereditati fiat (Gai. IV. 130—133.) zu vermuthen [61]).

Nach diesen Vorbemerkungen führe ich die erste Hälfte unseres zu erläuternden fr. 3. §. 13. cit. (von Ulpian) vor:

Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores *possessorem* constituere. Quodsi coeperit aut *hereditatem petere* [Int. quor. bon.] quasi bonorum possessor Carbonianus *aut singulas res* [wie Hermogenian sagt: ad res etiam persequendas], rectissime Julianus l. 24. dig. scribit exceptione eum summovendum.

Der Unmündige soll lediglich als *possessor* dastehen und nur *possessoriis* actionibus uti, d. h. das Int. quor. bon. und die ficticischen Einzelklagen nur mit Voraussstellung jener die hereditatis controversia salvirenden praescriptio verwenden. Thut er dies aber nicht, und unternimmt er mit Anstellung des aus der Carb. b. p. ja an sich originirenden Int. quor. bon. (oder der Einzelklagen), also „als Carbonianus bonorum possessor" das *hereditatem petere*, d. h. will er diese Rechtsmittel ohne jene praescriptio anstellen,

61) Darauf scheinen folgende Stellen zu deuten: fr. 10. de Carb. ed.: ne aut heredi *bonorum possessio data faciat praeiudicium;* fr. 13. eod.: *ne praeiudicium postumae fiat;* fr. 5. §. 1. eod.: nullum enim per hoc *praeiudicium hereditati* fieri; fr. 20. de inoff. test. 5. 2: ut interim et possideat ut alatur et *actionibus praeiudicium non patiatur.*

Digitized by Google

so liegt darin ein Widerspruch. Er würde sich damit auf die Carboniana b. p. stützen und doch die in ihr liegende „praesumtio“ umgehen wollen. Danach kann ihm der Beklagte die exceptio doli entgegenstellen.

Contentus enim esse debet hac praerogativa, quod *possessorem* eum praetor tantisper constituit.

Liegt hiernach in den bis jetzt mitgetheilten Worten und insbesondere in dem Ausdruck „hereditatem petere“ irgend ein Indicium, daß der Jurist hier die her. poss. possessoria (deren Existenz in der classischen Juristenzeit ja erst zu beweisen ist) vor Augen haben müsse? Offenbar nicht im Geringsten. Wir kommen mit der Annahme des, der Hermogenianischen Stelle und der 1. C. quor. bon. entsprechenden, Int. quor. bon. vollkommen aus [62]).

Ulpian geht dann in der zweiten Hälfte der Stelle auf die Frage ein, wie der Unmündige, wenn er in richtiger Weise gleich zur Feststellung der streitigen Legitimitäts- und Erbrechtsfrage vorschreiten will, zu verfahren habe.

Si igitur vult *hereditatem aut singulas res petere*, petat inquit *directa actione quasi heres*, ut ea petitione iudicari possit, *an quasi ex liberis heres* sit, ne praesumtio Carbonianae bonorum possessionis iniuriam adversariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem.

Der Jurist denkt sich offenbar einen Unmündigen, der als *suus heres* auf die Erbschaft seines Vaters Anspruch macht. So kommt es, daß er nur die *directa*

62) Huschke a. a. O. S. 28. 29. 30. nimmt an, daß die Stelle vom Interdict oder von der her. pet. poss. rede.

Digitized by Google

actio *quasi heres* hier erwähnt, als im Gegensatz zu dem petere der hereditas (durch Interdict quor. bon. oder fictitia actio) *quasi possessor Carbonianus* stehend. Hier ist also von der civilis her. petitio oder von den civilen Einzelklagen die Rede, durch die der Unmündige ohne alle Rücksicht auf die Carbonianische Präsumtion gegen den seine Legitimität bestreitenden (die Erbschaft besitzenden) Gegner die Frage zur definitiven richterlichen Entscheidung bringen kann: „an quasi ex liberis heres sit".

Natürlicher Weise ist es ein seltener Fall, daß der Unmündige, der schon emancipirt worden war, und dem nun nach dem Tode des Vaters die Legitimität bestritten wird, — gleich zur definitiven Entscheidung der Frage vorschreiten will. Diesen Fall erwähnt der Jurist nicht, aber wir sind doch wohl in der Lage, ihn ohne Bedenken richtig zu entscheiden. Die l. 1. C. quor. bon. giebt uns den zweifellosen Anhaltspunkt. Er hat die ordinaria c. t. b. p. zu agnosciren und kann mit dem Int. quor. bon. „hereditatem petere" [oder auch mit fictitiae actiones: singulas res petere]. Dabei hat er zu beweisen, daß er „defuncti filium esse" und ex edicto ad b. possessionem admittirt sei, und erreicht damit die definitive richterliche Entscheidung „an quasi ex liberis bonorum possessor sit". Seitdem nun überhaupt eine her. pet. possessoria eingeführt worden (also jedenfalls schon zur Zeit, als Hermogenian jene Worte des fr. 15. cit. schrieb), kann dieselbe richterliche Feststellung auch auf diesem neuen Wege erreicht werden, aber auf alle Fälle ist hievon in unserem Ulpianschen fr. 3. §. 13. cit. noch keine Spur.

d) Die vierte Stelle, in der aus der Zeit der

Digitized by Google

Pandektenjuriſten das „hereditatem petere“ des bonorum possessor erwähnt wird, enthält die Worte eines Kaiſerreſcripts.

Fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. 34. 9. (Paul.): Ille qui non iure factum contendit nec optinuit, non repellitur ab eo quod meruit: [ergo] qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debebit quod consecutus est. de eo vero qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, divus Pius ita rescripsit: „*cognati* Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is eius conditionis fuerit visus, ut optinere hereditatem non possit, et *iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem* ipso iure poterunt. prohibendi autem sint an non, ex cuiusque persona condicione aetate cognita causa a iudice constituendum erit“.

Es wird geſagt, daß die *hereditas* ad cognatos pertinet, aber in Parallele mit der Ziff. 47. a. E. citirten Stelle Coll. XVI. 5. §. 1. wird man doch wohl anzunehmen haben, daß hier von Verwandten die Rede iſt, die durch eine b. p. unde cognati zur Erbſchaft gelangen. Indem geſagt wird, daß der scriptus nicht in ſolcher Rechtsſtellung gedacht werde, wonach er gegen den ab intestato Nächſtſtehenden „hereditatem obtinere“ könne, ſo iſt natürlich eine b. p. cum re der Cognaten vorausgeſetzt. Sie können alsdann ipso iure (praetorio) d. h. kraft ihres durch jene Legatannahme nicht getrübten Inteſtaterbrechts „hereditatem petere“. Der Ausdruck erklärt ſich ſehr einfach aus dem Gegenſatz: da ſich herausgeſtellt hat, daß der scriptus „hereditatem obtinere“ nicht kann, ſo ſind die Cognaten nun in der Lage des „hereditatem petere“.

Digitized by Google

Haben wir aber aus l. 1. C. quor. bon. ersehen, daß man auch durch Anstellung des Int. quor. bon., und aus fr. 3. §. 13. de Carb. ed., daß man „quasi Carbonianus b. possessor“ [wenn auch durch Exception elidirbar] „hereditatem petere“ kann, so liegt in unserem fr. 5. §. 1. kein Grund vor, das hereditatem petere nicht auch im Sinn des definitiv-gültigen materiellen Einforderns der Erbschaft, ohne Hinblick auf die formelle Klagenconstruction, zu verstehen.

50. — 2) Die bisherige Ausführung hat nur den Zweck darzuthun, daß in den angeführten Stellen eine irgend unzweideutige Notiz über die Existenz der her. pet. poss. in der classischen Juristenzeit nicht zu finden ist. Es liegt nun aber die Frage nahe, ob es denn eigentlich nöthig sei, sich so sehr gegen die Annahme einer her. pet. poss. in der classischen Zeit zu sträuben? Es kann doch möglicherweise in diesen Stellen, oder einigen derselben, diese Klage neben dem älteren Klagencomplex des b. poss. wenigstens mitgemeint sein. Giebt es positive Gründe, die trotzdem der Annahme der neuen Klage für die erwähnte Zeit widerstreben?[63]).

Solcher Gründe habe ich in der That zwei, und, ich dächte, recht gewichtige.

63) Flach a. a. O. p. 131 ff. hat, aber ohne zutreffende Gründe, den Ursprung der Klage unter Hadrian verlegt: „une action analogue à la petition d'herédite devait, sous Adrien, être donnée au bonorum possessor pour lui permettre, d'enlever aux debitores hereditarii le bénefice de l'usucapio pro herede, l'interdit quorum bonorum lui assurant maintenant le même avantage vis-à-vis des possesseurs de corps hereditaires“.

Digitized by Google

Der eine Grund ist mit wenigen Worten gesagt: das Schweigen des Gaius und Ulpian über diese Klage in ihren ohne fremde Ueberarbeitung auf uns gekommenen beiden Schriften[64]). Wie Gaius IV. 34. von den fictitiae actiones und III. 34. sowie IV. 144. vom Int. quor. bon. des b. possessor redet, kann der in den Worten dem wirklichem Sinn des Schreibenden Nachgehende schwer glauben, daß Gaius daneben noch eine allgemeine successionis vindicatio des b. possessor gekannt und unerwähnt gelassen habe. Und wie Ulpian XXVIII. 12. so recht aus dem Wesen der b. p. heraus die Zuständigkeit der fictitiae actiones deducirt, wäre es noch bedenklicher anzunehmen, daß Ulpian hier das Nebensächliche vorgetragen, das bei weitem Wichtigere aber übergangen haben sollte.

Der zweite Grund ist ein sachlicher. Mit dem Bestande einer allgemeinen her. pet. für den bonorum possessor ist der Rechtszustand der b. p. sine re, so wie er im vorigen Bande geschildert worden, so viel ich sehe, absolut unvereinbar. Wenn Jemand ex edicto b. p. erhalten hat, so kann er die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen einklagen, sich daraus belangen lassen (mithin überhaupt die Schulden bezahlen), die Erbschaftssachen nach seinem Ermessen verkaufen[65]), also sich überhaupt ganz als Herr der Erbschaft geriren. Er kann vom Besitzergreifer der corpora hereditaria mit dem Interdict quorum bonorum die Besitzrestitution verlangen, und dieser Besitzergreifer muß, selbst wenn

64) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 36.

65) Arg. fr. 23. pr. de her. inst. 28. 5. (Pomp.): Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is *bonorum possessionem agnoscere potest et tanquam heres distrahere hereditatem.*

Digitized by Google

er der *heres* ist [abgesehen von den früher besprochenen Beschränkungen; Bd. I. dies. Ser. S. 406. A. 10. und oben Ziff. 16. A. 20, Ziff. 14. a. E.], die Herausgabe der Sachen vornehmen, und dann seinerseits zur hereditatis petitio greifen, mit der er die gegnerische b. p. zur sine re macht. Denken wir uns nun aber, daß dem ex edicto zur b. p. Gelangten selbst eine her. petitio zusteht, so kann nur folgende doppelte Eventualität eintreten. Entweder: der b. possessor stellt diese her. pet. gegen jenen heres an; dann muß dieser natürlich gleich die Gründe, in Folge deren er nach dem bisherigen Sprachgebrauch die b. p. zur sine re machen kann, in diesem Erbrechtsstreit vorbringen dürfen, d. h. der Kläger verliert den Proceß. Oder: der b. possessor stellt, um dieses Resultat zu vermeiden, das Interdict quor. bon. an, sich darauf berufend, daß nach dem bisherigen Recht dasselbe auch gegen den heres durchsetzbar sei, und also diesen zur Klägerrolle in der her. pet. zwinge. Dies nun aber, daß seitdem dem b. possessor die successionis vindicatio gegeben war, es noch in seinem Belieben habe stehen können, sich das Interdict auszusuchen und damit den Gegner zur Klägerrolle zu treiben — halte ich für eine Undenkbarkeit. Die einfachsten Grundsätze der Aequität mußten es von vorn herein außer Zweifel stellen, daß der Beklagte hier eben so gut, als wenn der b. possessor die ihm zuständige successionis vindicatio angestellt hätte, seine Gegenbehauptungen, daß er ein vorberechtigter heres sei, der ja doch demnächst (nach bisheriger Ausdrucksweise) die b. p. zur sine re machen könne, sogleich gegen das angestellte Interdict müsse vorbringen dürfen [66]); m. a. W. was früher nur be-

66) Diesen Satz, der für das Verständniß der Umgestaltung

Digitized by Google

schränkte Ausnahme war, mußte zur allgemeinen Regel werden.

Dieser Punkt kann auch so ausgedrückt werden: seit Einführung der her. pet. possessoria ist, im Gebiet der bisher s. g. b. p. sine re, der heres nicht mehr ein durch das Interdict besiegbarer Beklagter; oder wie man auch sagen kann: das Interdict geht hier in siegreicher Weise nicht mehr gegen den *heres*, sondern nur noch gegen den gewöhnlichen pro herede und den pro possessore possessor.

Darin aber liegt: die *b. p. sine re* mußte als eigenthümliches Institut von selbst verschwinden seit Einführung der successionis vindicatio des b. possessor. Ist dies richtig, so ist dann auch der Rückschluß gestattet, daß zu Gaius' und Ulpian's Zeiten, da hier die b. p. sine re entschieden noch bestand, diese Klage, als allgemein [67]) dem b. possessor zustehendes Rechtsmittel, noch nicht existirt haben kann.

3) Immerhin muß man zugeben, daß ein äußerlich sicherer Nachweis des Nichtbestehens der Klage in der classischen Zeit nicht existirt. Aber gesetzt, die hier

des Rechtsinstituts der b. p. von besonderer Wichtigkeit ist, habe ich bereits in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 170. ausgesprochen.

67) Nicht im Widerspruch hiemit ist die Annahme, daß in gewissen beschränkten Gebieten (insbesondere für die zur inoff. querela zugelassenen Cognaten) die Klage schon in der classischen Juristenzeit existirt haben muß; vgl. darüber meine Bon. Poss. II. 2. S. 38 ff. — Gewiß war sie da nicht in factum concipirt; meine Bon. Poss. II. 2. S. 40. A. 4. [Rudorff R.R.G. II. S. 103. 194. nimmt allgemein für die classische Zeit eine in factum concepta her. pet. poss. an]. Vgl. auch Flach p. 143.

Digitized by Google

vertheidigte Annahme, daß die Klage erst der nachclassischen insbesondere der Diocletianischen angehört, sei richtig, so erhebt sich zum Schluß noch die Frage, wie man sich wohl die Entstehungsart derselben zu construiren habe?

Der Gedanke liegt nahe, daß das Interdict quorum bonorum sich in die successionis vindicatio umgewandelt habe. Und doch muß er, so innerlich plausibel er an sich erscheinen würde, nach Ausweis unserer Quellen über den späteren Bestand des Interdicts, wie unten weiter auszuführen ist (Ziff. 66.), durchaus verworfen werden. Danach bleibt wohl kaum eine andere Annahme übrig, als daß sich die *successionis vindicatio* aus den ficticischen Einzelklagen, in Folge des Unterganges der letzteren mit Wegfall des ordo iudiciorum, entwickelt hat.

Schon aus der oben (Ziff. 49.) erläuterten Ulpian'schen Stelle, fr. 3. §. 13. de Carb. ed., ergab sich, daß man das *singulas res petere* so vornehmen kann, daß darin ein petere directa actione *quasi heres* liegt, und dadurch festgestellt wird, man sei „quasi ex liberis heres“ [68]). Natürlich kann ebenso

68) Alsdann steht auch, nach Durchführung des singulas res petere, die exc. rei iud. entgegen (und umgekehrt); fr. 3. de exc. rei iud. 44. 2: et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra, exceptione summovebitur; fr. 7. §. 4. 5. eod. Ebenso steht aus dem pactum ne hereditatem petam regelmäßig die exc. pacti auch dem singulas res petere entgegen; fr. 27. §. 8. de pact. 2. 14: Item si pactus, ne hereditatem peterem, *singulas res ut heres petam*: ex eo, quod pactum erit, pacti conventi exceptio aptanda erit. Gegenüber dem singulas res petere hat

Digitized by Google

auch durch das „singulas res petere“ mittelst der ficticischen Klagen des bon. possessor definitiv festgestellt werden, man sei der concret-nächststehende in prätorischer Erbklasse zur Erbschaft Berechtigte. Nimmt man nun hinzu, daß mit dem Wegfall des ordo iudiciorum privatorum der Unterschied zwischen directer und ficticischer Klage wegfallen mußte [69]), daß man ferner sicher gegen einen Besitzer vieler Erbschaftssachen das singulas res petere mit Feststellung der Erbfrage gleich vereint auf alle diese (freilich einzeln zu specificirenden) Sachen richten konnte, so ist man der successionis vindicatio, wie sie uns unter Diocletian entgegentritt, schon recht nahe. Dabei ist immer im Auge zu haben, daß man in wissenschaftlich versinkende Zeiten

der Beklagte „*ne singulis iudiciis vexaretur*“ die Einrede, wonach er den Kläger auf die her. pet. verweist; fr. 13. §. 4. de her. pet. 5. 3. Gai. IV. 133. - Hat sich aber der Beklagte auf die her. pet. bereits eingelassen, so hat er gegen das singulas res petere nicht mehr die Präjudicialeinrede fr. 13. de exc. 44. 1., wohl aber die der Litispendenz.

69) Fr. 46. §. 1. de negot. gest. 3. 5. [Paul. d. h. hier: Interpolation der Compilatoren, — Savigny Verm. Schr. II. S. 236. A. 3.]: Nec refert *directa quis an utili actione* agat vel conveniatur, quia *in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est.* — Namentlich das Schonbestehen der actio fam. exc. für die b. possessores [vgl. auch noch fr. 4. §. 21. 23. de fideic. libert. 40. 5.] mußte die Annahme einer her. pet. für sie durch Umdrehung des Satzes: „generaliter eorum duntaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas“ (s. Bd. I. dieser Serie S. 411—413) sehr nahe legen.

Digitized by Google

eingetreten war, in denen der große civilistische Unterschied, wie er zwischen jenem singulas res petere und der successionis vindicatio allerdings besteht, immer mehr in den Hintergrund treten mußte. So ist das Resultat wohl nicht unnatürlich, daß man einfach den bon. possessor als definitiven successor, wie zu den erbrechtlichen Einzelklagen (ununterschieden, ob direct ob utiliter) so auch zur successionis vindicatio vor dem Präses (wiederum ununterschieden, ob directa ob utilis) zuließ. Wir haben ein Kaiserrescript aus der Zwischenzeit zwischen dem Ende der Classiker und Diocletian, worin in sehr charakteristischer Weise diese die früheren civilistischen Unterschiede verwischende Auffassungsweise hervortritt.

L. 3. C. de iure del. 6. 30. (Gordian. 241.): . . tuque fratri tuo legitimus heres extitisti, seu intra tempora edicto praefinita bonorum possessionem agnovisti, *quae facultatum sunt, vel quae ab alio iniuria detinentur, praesidis diligentia tibi restituentur.*

Die Worte sind vom Kaiser so glücklich unbestimmt gewählt, daß man in der That nicht im Stande ist zu unterscheiden, ob bei dieser vor dem Präses durchgeführten Klage im civilistischen Sinn vom singulas res petere oder von der successionis vidicatio die Rede sei.

Jedenfalls steht es fest, daß die im Justinianeischen Recht vorliegende Gleichstellung des heres und b. possessor rücksichtlich der Erbrechtsklage, wonach jenem und diesem nur dem Namen nach getrennte Rechtsmittel (her. pet. civilis und possessoria) gegeben sind, in der dem b.

Digitized by Google

possessor schon seit Diocletian nachweislich zustehenden successionis vindicatio bereits vorhanden ist [70]).

51. — III. Wegfall der b. p. sine re. — Hievon ist eben bereits die Rede gewesen. Der Wegfall, das Product der Einführung der successionis vindicatio, ist also von der Diocletianischen Zeit an zu datiren. Daß überhaupt dies Institut in späterer Zeit als antiquirt betrachtet wurde, ist zweifellos [71]).

IV. Veränderungen in der Agnitionsform unter den späteren Kaisern. — Das unter dem Begriff successio vereinigte definitive Erbrecht wird in der späteren Kaiserzeit erworben: als civiles durch cretio und pro herede gestio, als prätorisches durch b. possessionis agnitio (Ziff. 32; 47). Bei der letzteren ist das Moment der datio in den Hintergrund getreten, sie hat ganz den Charakter einer [nur in bestimmter Frist vor dem Magistrat (des Domicilium — Ziff. 27. A. 21.) vorzunehmenden] Antretungswillenserklärung angenommen.

Danach ist es sehr erklärlich, daß dreierlei in der Agnitionshandlung bald als eine aus den früheren Verhält-

70) Ganz mißverstanden wird die Bedeutung der her. pet. poss. von Koch Preuß. Pr.R. (3. Aufl. 1858.) II. §. 873. a. E.: „ein der Publicianischen Klage entsprechendes Rechtsmittel gibt es für die Erbschaft nicht mehr, die prätorische her. p. possessoria ist im Justinianeischen Recht nicht mehr gebräuchlich".

71) S. die schon Bd. I. dieser Serie S. 365. mitgetheilte Stelle des Basilikenscholiasten und meine Bon. Poss. II. 2. S. 70. 134. A. 11. S. 228 ff. — Ueber das Vorkommen des Ausdrucks b. p. cum re noch bei Diocletian (l. 25. C. de inoff. test. 3. 28.) s. meine Bon. Poss. II. 2. S. 71. A. 9a.

Digitized by Google

niſſen fortexiſtirende, und doch zu den neueren Zuſtänden nicht mehr paſſende, drückende Feſſel erſcheinen mußte: die Agnition vor dem competenten Magiſtrat; die nach dem bisherigen Uſus noch fortbeſtehenden (in ihren Einzelnheiten uns unbekannten — Ziff. 32. A. 56. 57.) Formalitäten der Agnition; und die Nothwendigkeit des Hinausſchiebens der Agnitionserklärung bis zum Friſtablauf der Vorberechtigten. Alles dreies iſt paſſender Weiſe von Conſtantius geändert worden in:

L. 9. C. qui admitti 6. 9. [72]): Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut *apud quemlibet iudicem* vel etiam apud duumviros *qualiscunque testatio* amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco iure temporibus coarctanda, eo addito ut, etiamsi *intra alienam vicem* id est prioris gradus *properantius exseratur*, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur.

Die hier eingeführte formloſe Agnition vor jedem Richter hat immerhin das Gute, daß hinterdrein der Erbſchaftserwerb leicht bewieſen werden kann; und das wird wohl der Grund geweſen ſein, weßhalb man die einmal eingewurzelte Sitte des gerichtlichen Agnoscirens für die prätoriſchen Erbklaſſen beſtehen ließ. Im Uebrigen ſtehen ſich, wie wir aus den Ziff. 49. A. 51. mit-

72) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 128 ff. — Das Geſetz iſt an den Kalenden des Februar zu Laodicea erlaſſen, und höchſt wahrſcheinlich mit L. 15. C. de testam. 6. 23. und L. 21. de legat. 6. 37. zuſammengehörig, alſo vom Jahr 339. Daß es in l. 7. §. 3. C. de curat. fur. 5. 70. als Constantiniana lex bezeichnet wird, iſt wohl ein Verſehen für Constantiana. Meine Bon. Poss. a. a. O. A. 5; (ſ. unten Ziff. 55. A. 11).

Digitized by Google

getheilten Stellen schon der Diocletianischen Zeit sehen, hereditatis aditio und bonorum possessionis agnitio als Voraussetzungen, um gegen den Besitzer die successionis vindicatio anstellen zu können, practisch ganz gleich. Davon aber, daß man jetzt die Agnition vor jedem beliebigen Richter im Reich, also im concreten Fall die Agnition verschiedener Prätendenten vor ganz verschiedenen Richtern, zuließ, war die ziemlich selbstverständliche Folge, daß man auch die Agnition intra alienam vicem gestatten mußte. Denn es war danach kaum noch möglich für den einzelnen Prätendenten, im Voraus genau zu berechnen, wann gegenüber anderen etwa entfernt wohnenden und vielleicht anderswo agnoscirenden oder versäumenden Prätendenten seine Frist zu laufen beginne. Die Zulassung der Gültigkeit einer, um sich jedenfalls vor Schaden zu sichern, in Voraus vorgenommenen Agnition war danach eine dringende Forderung der Billigkeit. Dabei aber blieb die rechtliche Beurtheilung der Gültigkeit des Erbschaftserwerbes ganz unverändert die des bisherigen Rechts. Also wenn Mehre an verschiedenen Orten die her. aditio oder b. possessionis agnitio vorgenommen hatten, und danach der Eine gegen den besitzenden Anderen die successionis vindicatio anstellte, so kam es zur rechtlichen Entscheidung, wer von ihnen der in der definitiven Ordnung der successio Nächststehende sei, und, wenn dieser Nächststehende einer prätorischen Klasse angehörte, ob er als ein in der bestimmten ihm laufenden Frist rechtlich (ex edicto) Berufener die Agnition innerhalb der Frist oder im Voraus vorgenommen habe. Nur wenn er innerhalb der rechtlich ihm laufenden Frist ein nach allen weiteren Vorschriften des Rechts wirklich Berufener ist (also insbesondere auch: wenn er in dieser

Digitized by Google

Frist existirt), hat die in Voraus vorgenommene Agnition Gültigkeit, m. a. W. die schon während des Laufs einer früheren Frist properantius vorgenommene wird immer darauf zurückinterpretirt, „quasi sua sit usa curriculis“ [73]).

Noch nach einer anderen Seite hin ist von Constantius die Agnition der b. p. mit mildernder Bestimmung versehen worden durch ein Gesetz, welches vor dem eben besprochenen im Codex seine Stelle gefunden hat, aber höchst wahrscheinlich richtiger dahinter stände. L. 8. C. qui admitti ist nämlich prid. Id. Mart. im Jahr 339. zu Heliopolis erlassen [offenbar zusammengehörig mit l. 4. Th. C. de bon. matern. 8. 18. [74])],

73) Von einem bedeutenden Mißverständniß in Betreff dieser Frage ist schon oben Ziff. 43. A. 80. die Rede gewesen. — In der im Text genauer begrenzten Weise ist nun übrigens der Inhalt der l. 9. C. cit. ein brauchbares Rechtselement, auch wenn man ihn von der specifisch prätorischen Gestalt der Antretung vor dem Richter in bestimmter Frist ganz entkleidet. Und so ist er in der That, nach dem unten Ziff. 56. über die regelmäßige Bedeutung des Ausdrucks „b. possessionem agnoscere“ im Justinianeischen Recht Zusammengestellten, Stück unseres heutigen Rechts. Man kann danach, wenn man nur hinterdrein wirklich berufen wird, das Erbrecht (nach dem Tode des Erblassers) auch schon im Voraus antreten. Daraus ist denn auch der Schluß zu ziehen, daß man unter denselben Voraussetzungen das Erbrecht ebenfalls in Voraus ausschlagen könne. — Ganz in dieser Gestalt wird der Rechtssatz auch in Oesterreich anerkannt. Unger System des Oester. allg. Pr.R. VI. §. 36. A. 9. §. 37. A. 2; vgl. auch Windscheid P. §. 597. A. 2.

74) Hierüber s. meine Bon. Poss. II. 2. S. 131 ff.

Digitized by Google

also vermuthlich etwas über einen Monat jünger als die l. 9. C. cit. Sie betrifft, den Worten nach nur auf die „parentum vel proximorum successio“ bezüglich, einen Punkt, der offenbar die (oben Ziff. 26. a. E. dargelegten) strengeren Grundsätze des früheren Rechts über irrthümliches Versäumen der Zeitfrist der b. p. abzuschwächen beabsichtigt: Quicunque res ex parentum vel proximorum successione iure sibi competere confidit, sciat sibi non obesse, si per rusticitatem vel ignorantiam facti vel absentiam vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum possessionem minime petiisse noscatur, quoniam *haec sanctio huiusmodi consuetudinis necessitatem mutavit.* Die entschuldigten Gründe der Versäumung sind übrigens so unbestimmt gefaßt, daß sie einer ganz haltlosen Beiseiteschiebung der Fristen Thür und Thor öffneten.

Im juristischen Sinn aufgehoben ist aber doch, weder durch diese Gesetze noch durch irgend andere, der vorher angegebene Unterschied zwischen dem Erwerbe des civilen und prätorischen Erbrechts. Letzteres muß durch Erklärung vor Gericht in bestimmter Frist, Ersteres kann durch Privathandlung nach dem Kaiserrecht erworben werden. Ich halte für ganz unzulässig den Versuch Flach's [75]), (abgesehen vom Interdict quorum bonorum) in der Zeit seit Constantin, insbesondere seit der l. 9. C. cit., die b. possessionis agnitio und die her. aditio sowohl rücksichtlich der Zeitfrist als der Vornahme vor Gericht als ausgeglichen

75) a. a. O. p. 70—73. 82. 83. — Das in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 135. Gesagte hat wohl die Veranlassung zu dieser über die Gränze des Richtigen hinausgehenden Ansicht gegeben.

Digitized by Google

hinzustellen. a) Rücksichtlich der Zeitfrist. Prätorischer wie Civilerbe hätten jetzt, meint Flach, der Gefahr des spatium deliberandi (also längstens ein Jahr seit dem Auftreten der interessirten Gläubiger und Mitberufenen) gegenübergestanden. Damit sei Alles gesichert gewesen; warum noch nach strengem Recht einen durch von selbst ablaufende Zeitfrist entstehenden Rechtsverlust dem b. possessor aufbürden? Auch sei in der That durch l. 8. C. cit. alle Gefahr des Zeitablaufs und damit dieser selbst (?) aufgehoben worden. Constantius habe damit aber nur, was auch die Ausdrücke der l. 8. cit. zeigten, eine längst geübte Praxis, die durch l. 9. cit. nur noch befestigt worden, bestätigt (?). Die Agnition habe also (abgesehen von dem Int. quor. bon.) so lange erfolgen können, als Gläubiger und Mitberufene noch nicht gegen den b. possessor aufgetreten waren, und ebenso habe der Civilerbe gestanden. In der Praxis mußten also Agnition und pro herede gestio in der Frist eines Jahres erfolgen, und Beide befanden sich völlig auf gleicher Linie. Dies beweise sich (?) durch die Worte der l. 8. Th. C. de bon. matern.: „intra *annum* . . . praescriptum". — b) Vornahme vor Gericht. Der Erbe selbst habe ein Interesse, ein Mittel zu besitzen, um die innerhalb des spatium deliberandi vorgenommene Antretung sicher darzuthun. Dies sei die Declaration vor dem Magistrat. Der Gebrauch derselben „ne tarda pas à s'introduire, et ici encore la gestio pro herede et l'agnitio bonorum possessionis devinrent semblables l'une à l'autre. [Ces deux formes bientôt ne différèrent plus guère que de nom]." Der Beweis dafür liege wiederum in der l. 8. Th. C. cit.: „qualibet *actis* testatione".

Gegenüber den deutlichsten Stellen aber, die die

Digitized by Google

Erklärung vor Gericht in den alten Fristen für die Agnition fordern, ist in der That diese l. 8. Th. C. cit. [76]) ohne alle Beweiskraft [77]).

52. — V. Behandlung der b. p. in der Justinianeischen Compilation. — Es liegt auf der Hand,

76) S. über diese Stelle meine Bon. Poss. II. 2. S. 136 ff. — vgl. ferner ebendas. S. 160. 236.

77) Damit steht nicht im Widerspruch, daß in einzelnen besonderen Fällen die necessitas der b. possessionis agnitio durch specielles Gesetz aufgehoben wurde. L. 1. Th. C. de legit. her. 5. 1. (Constantin. 321): ita ut nec petita b. possessione (quoniam huius legis, non praetoris est beneficium) illico ut sibi delatae portionis dies extiterit aditione simplici. cet.; l. 19. C. de testam. 6. 23. (Honor. et Theod. 413.): nec super b. possessionis petitione ullam controversiam nasci, cum pro herede agere cuncta sufficiat, et ius omne ipsa complere aditio videatur; l. 1. Th. C. de cret. vel b. p. 4. 1. (Theod. et Valent. 426): non bonorum possessionis petitionem non cretionis solennitatem cogitur custodire, qualicunque contenta aditae vel adeundae hereditatis indicio; Nov. 1. §. 5. Valent. III. tit. 20. de testam. (446.): Cuius heres . . . nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, *quam generaliter omnibus relaxamus.* [Vgl. über diese Stellen meine Bon. Poss. II. 2. S. 127 f.; S. 142 f.; S. 145 f.; S. 150 f.). — Im Westgothischen Rechtsbuch ist nach Ausweis seiner Interpretatio allerdings die b. possessionis agnitio ganz weggefallen; s. abgesehen von den Stellen in Ziff. 48. A. 42. namentlich die Interpr. zu l. 1. Th. C. de cret. vel b. p. 4. 1: Cretio et bonorum possessio antiquo iure a praetoribus petebatur: quod explanari opus non est, quia *legibus utrumque sublatum est.* Vgl. hierüber meine Bon. Poss. II. 2. S. 156 ff.

Digitized by Google

daß nach der Stellung, welche hereditas und b. p. in der späteren Kaiserzeit gegeneinander eingenommen hatten, die vollständige Verschmelzung Beider — gleichartig der von quiritischem Eigenthum und in bonis, von Legat und Fideicommiß u. s. w. — für Justinian eine sehr naheliegende Aufgabe war. Innerlich, als erworbene Rechte, waren hereditas und b. p. vollkommen ausgeglichen, nur der Erwerbsmodus war verschieden geblieben: bei der hereditas (nach Zurücktreten der cretio) eine formlose Privathandlung, bei der b. p. eine Erklärung vor Gericht in bestimmter Frist. Das legislatorische Bedürfniß war, das, was schon in einer Reihe von Einzelfällen ausgesprochen worden, was im Westgothischen Rechtsbuch schon zur Ausführung gekommen (A. 77.), allgemein für's römische Reich festzusetzen. Die auf Grund eines prätorischen Rechtssatzes Erbberechtigten mußten, ohne Nothwendigkeit einer zeitlich beschränkten Erklärung vor Gericht, bloß auf dem Wege der Privathandlung (pro herede gestio und nuda voluntas suscipiendae hereditatis) ihr Erbrecht erwerben können.

Es steht fest, daß Justinian ein Codexgesetz dieses Inhalts nicht erlassen hat. Einerseits die *her. aditio* ist, durch die Digesten- und Codextitel de acquirenda vel omittenda hereditate und de iure delib. et de ad. vel acq. her. (vgl. §. 5 ff. J. de her. qual. et diff.), aufgenommen; andererseits aber auch die *b. possessionis agnitio* in ihrer spätkaiserrechtlichen Gestalt ist durch die Digesten- und Codextitel de successorio edicto, quis ordo und qui admitti ad b. p. (vgl. §. 8 ff. J. de b. p.) zum practisch gültigen Stück der Justinianeischen Compilation gemacht worden. Deßhalb sind von jeher sehr viele Bearbeiter des röm. Rechts der

Digitized by Google

Ansicht gewesen, daß in der Compilation hereditas und b. p. sich noch als geschlossene Ganze einander gegenüberstehen, also, wenn das rein Justinianeische Recht auch bei uns zur Anwendung gebracht werden solle, noch immer für den bloß prätorisch Erbberechtigten [78]) die Nothwendigkeit (s. g. b. p. necessaria) einer Erbantretungserklärung vor Gericht innerhalb der prätorischen Frist vorliege. Auch Löhr [79]) ist dieser Ansicht, trotzdem daß er durch die [in A. 77. mitgetheilte] Novelle Valentinians III, wenigstens für den Occident, die b. possessionis agnitio als allgemein gesetzlich aufgehoben annimmt, also die Agnition als von Justinian, so wie sie zu Constantin's Zeit gegolten, wiederhergestellt betrachtet.

Ich habe dieser Ansicht in meinem Werk über die b. p. eine Interpretation der Justinianeischen Compilation gegenübergestellt, die zu ganz anderen Resultaten führt. Ich halte diese auch noch jetzt für die richtige.

Wir haben von Justinian allerdings keine Codexconstitution, aber doch den, ganz deren Stelle vertretenden, von den Compilatoren gearbeiteten Institutionentitel: de bonorum possessionibus 3. 9. Das Erbrecht ist in den Institutionen nicht so dargestellt, daß

78) Als solche würden insbesondere, da durch Nov. 118. ab intestato die Klassen unde liberi, unde legitimi und unde cognati umgeschmolzen sind, und da nach Ansicht Vieler die c. t. b. p. durch die Nov. 115. hinweggeräumt ist, übrig bleiben: eine Reihe von Fällen bloß prätorischer Erbberechtigung in der testamentarischen Succession (meine Bon. Poss. II. 2. S. 301—307), und die b. p. unde vir et uxor.

79) Mag. III. S. 345. A. 3; S. 346. Nr. 2. — Vgl. meine Bon. Poss. II. 2. S. 238—240.

Digitized by Google

zunächst das Civilrecht vorgeführt würde und darauf denn im Titel 3. 9. das prätorische Erbrecht folgte. Vielmehr ist in den dem Titel 3. 9. voraufgehenden Titeln bereits das ganze practische Erbrecht von dem Standpunkte aus dargestellt, daß es, meist aus den drei historischen Elementen der alten hereditas, der b. p., und des neueren Civilrechts erwachsen, zu Einem practischen Ganzen zusammengefaßt werde[80]). Der Titel 3. 9. bildet demgegenüber eine, auf den damals schon vorliegenden Constitutionencodex hinweisende, referirende Constitution über den Sinn, in welchem die einzelnen Klassen des früheren Systems der b. p. in die Compilation Aufnahme gefunden hätten. Der Titel zerfällt in drei Abschnitte, von denen der erste erzählend ist[81]), der zweite die ins practische Recht recipirten Klassen zusammenstellt. Justinian setzt hiebei offenbar „überhaupt in die Aufnahme im Codex einen Gesammtgrund" für die „allgemeine Correction", welche er der b. p. habe angedeihen lassen[82]). Er kommt dadurch dazu, die Aufnahme der von ihm gebilligten Klassen der b. p. als etwas schon Geschehenes erzählend vorzutragen.

§. 4. Sed eas quidem praetoria induxit iurisdictio. nobis tamen nihil incuriosum praetermissum

80) Vgl. z. B. §. 3. J. de test. ord. 2. 10: Sed cum paulatim tam ex usu hominum, quam *ex constitutionum* emendationibus coepit *in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi*, ... ut hoc *ius tripertitum* esse videatur. S. das Genauere in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 266—271.

81) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 272.

82) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 273—277.

Digitized by Google

est, sed *nostris constitutionibus omnia corrigentes* [83]) contra tabulas quidem et secundum tabulas bonorum possessiones *admisimus utpote neccessarias constitutas*, nec non ab intestato unde liberi et unde legitimi bonorum possessiones. §. 5. . . . . sublata igitur praefata quinta bonorum possessione *in gradum eius sextam antea* bonorum possessionem *reduximus et quintam fecimus*, quam praetor proximis cognatis pollicetur. §. 6. Cumque antea septimo loco fuerat bonorum possessio „tum quem ex familia" et octavo unde liberi patroni patronaeque et parentes eorum, utramque per constitutionem nostram, quam de iure patronatus fecimus [84]), *penitus vacuavimus*. . . . . §. 7. Aliam vero bonorum possessionem, quae unde vir et uxor appellatur et nono loco *inter veteres bonorum possessiones* posita fuerat, *et in suo vigore servavimus et altiore loco*, id est sexto, *eam posuimus* . .: *ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes* [85]).

83) Vorzugsweise verweist hier also Justinian auf seine eigenen Gesetze; da diese aber entschieden nicht alle hier in den Institutionen namhaft gemachten Theile der b. p. betroffen haben, so muß das „omnia corrigere" und das „*admittere*" der einzelnen Klassen der b. p. in das Justinianeische Civilrecht sich auf die Aufnahme derselben in den seit VI. Id. Apr. / XVI. Kal. Mai. 529. geltenden Codex beziehen.

84) Die besonderen erbrechtlichen Gestaltungen im Gebiete der Patronatsverhältnisse sind später in den §§. 1620. 1622–1628. darzustellen.

85) Nicht als eine schon früher von ihm festgestellte Sache bespricht dann Justinian im §. 8. die b. p. quib. ex

Digitized by Google

Diese „allgemeine Correction" der b. p. und ihre Zusammenarbeitung mit den altcivilen und neucivilen Rechtselementen gestaltet sich nun bei Justinian zu einer, alle die recipirten Elemente umfassenden, einheitlichen Rangirung der Erbklassen.

1) Die Intestaterbfolge des Justinianeischen Rechts wird eröffnet, wenn Niemand aus einem Testamente[86]) Erbe werden kann oder Erbe wird. Pr. J. de her. quae ab int. 3. 1.: Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est aut *nemo ex eo heres extitit.* Ohne Zweifel sind unter diesem, der nicht ex testamento heres extitit, vom Standpunkte des practisch-Justinianeischen Rechtes aus alle testamentarisch Erbberechtigten verstanden. Mithin auch die, welche eine nur aus prätorischer Quelle entstammende, ins Justinianeische Recht recipirte Erbberechtigung haben. Rücksichtlich der Form der Testa-

legib., indem er an das „permaneant" einfach mit: „septima eas secuta" anknüpft. Dies erklärt sich daraus, daß im Codex (VI. 9—18.) hinter der b. p. unde vir et uxor nichts auf die b. p. quib. ex leg. Bezügliche folgt, während in den gleichzeitig mit der Institutionenpublication ausgegebenen Digesten hinter dem Titel unde vir et uxor der Titel: de veteran. et mil. succ. zu finden ist. Vgl. oben Ziff. 46. A. 32.

86) Nach Anschauung der Institutionen wird einfach nur geschieden die successio ex testamento und ab intestato; §. 6. J. per quas. pers. 3. 9. Wie sich die practische Stellung der c. t. b. p. gegenüber der testamentarischen Succession im Just. Recht gestalte, wird unten noch besonders untersucht werden.

Digitized by Google

mente ist das „ius tripertitum“ in unam consonantiam zusammengekommen, so daß nicht mehr der in einem Civiltestamente Instituirte durch her. aditio, der im Prätorischen Testament Eingesetzte durch sec. tab. b. possessionis agnitio sein Erbrecht erwirbt, sondern sie Alle als civilrechtlich Berechtigte durch her. aditio *heredes* existunt. Ebenso kommt auch rücksichtlich der übrigen vom Prätor geschaffenen Erweiterungen der testamentarischen Erbfolge, die Justinian „utpote necessarias constitutas“ aufgenommen hat, es für die Frage, ob Intestaterbfolge eröffnet werden könne, nur darauf an, ob der demgemäß testamentarisch Berechtigte *heres* extitit. Einer dieser Fälle wird im Pr. J. de b. p. [87]) noch nachträglich besonders hervorgehoben, und zwar nicht in dem Sinne, daß in den übrigen Fällen der prätorisch-testamentarisch-Erbberechtigte nur auf dem Wege der b. possessionis agnitio zum Erbschaftserwerbe gelangen könne, sondern umgekehrt in der Bedeutung, daß auch in diesem Fall, als einem in's Justinianeische Civilrecht aufgenommenen, nach aus-

87) Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. nam si *alienus postumus heres fuerit institutus*, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adiuvabatur: *sed et hic* a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, *quasi et iure civili non incognitus*. — Vgl. auch über die aus der Aufnahme der l. 19. C. de test. (A. 77.) für das Justinianeische Recht zu ziehende Schlußfolgerung: meine Bon. Poss. II. 2. S. 272. A. 1a.

Digitized by Google

drücklicher Justinianeischer Verfügung schon die bloße her. aditio genüge.

2) In Ermangelung eines Testaments tritt die wiederum aus dem „ius tripertitum“ [dem altcivilrechtlichen, dem „utpote necessarium constitutum“ prätorischen der b. p. unde liberi, und dem neucivilrechtlichen Element] zusammengesetzte erste Justinianeische Intestatklasse ein. Ist diese ebenfalls vergeblich berufen worden, so folgt die schon aus den 12 Tafeln herstammende Berufung der Agnaten [88]) und der durch Senatusconsulte zu der legitima hereditas Berechtigten. Also die in der ersten Intestatklasse aus den verschiedenen historischen Elementen Zusammengestellten bilden bei Justinian ein einziges juristisches Ganzes. Erst wenn daraus „nemo extat“ und „successionem quoquo modo amplectitur“ [89]), wird die

88) Pr. J. de legit. adgn. succ. 3. 2: *Si nemo* suus heres vel eorum quos inter suos heredes praetor vel constitutiones vocant, *extat et successionem quoquo modo amplectatur: tunc* ex lege duodecim tabularum *ad adgnatum proximum hereditas pertinet.*

89) Die Aufeinanderfolge der Klassen ist also schon ganz so als allgemeine Justinianeisch-civilrechtliche ordinum successio disponirt, wie sie nachher auch in der Nov. 118. auftritt: c. 2. si defunctus descendentes *heredes non reliquit;* c. 3. pr. si defunctus neque ascendentes relinquat. §. 1. si defunctus neque fratres neque fratrum liberos, ut diximus, reliquerit. — In der Disposition dieser Klassen (*si* nemo extat, *tunc* ad . . . *hereditas pertinet*) liegt denn auch mit Nothwendigkeit, daß so wie beim Nichtvorhandensein der vorhergehenden die nachfolgende Klasse gerufen wird, so umgekehrt beim Vorhandensein der vorhergehenden die nachfolgende noch nicht gerufen

Digitized by Google

zweite Justinianeische Intestatklasse (die wiederum aus altcivilem Stoff, aus dem für necessär erklärten Stoff der b. p. unde legitimi, und aus neucivilem Material besteht) gerufen.

3) Ganz ebenso schließt sich hieran wieder die dritte Justinianeische Intestatklasse der Cognaten. Pr. J. de successione cognatorum: Post a) suos heredes eosque quos inter suos heredes praetor et constitutiones vocant, et b) post legitimos (quo numero sunt adgnati et hi quos in locum adgnatorum tam supra dicta senatusconsulta quam nostra erexit constitutio): c) *proximos cognatos praetor vocat.* d. h. Justinian ruft, so wie er als zweite Klasse „ex lege XII tab." die Agnaten ruft, so hier als seine dritte Klasse, auf Grund der „utpote necessaria constituta" b. p. unde cognati, die „*successio*" der Cognaten [90]).

4) Daran schließt sich dann als vierte Intestatklasse [oder im Gesammterbsystem den sextus locus einnehmende Klasse] die successio des überlebenden Ehegatten, welche Justinian im §. 7. J. de b. p. für aus den „veteres bonorum possessiones" recipirt erklärt.

53. Diese „Alles auf dem Wege der Constitutionen corrigirende" Reception des prätorischen Rechtselements in's practische Justinianeische Civilrecht ist nicht anders denkbar, als daß dem aus prätorischem

ist. Also eine etwa von der letzteren vorgenommene Erbantretung hat (so weit nicht besondere Rechtssätze eine „Erwerbshandlung im Voraus" gestatten) an sich noch gar keine rechtliche Bedeutung.

90) Gleichartig auch die Darstellung der Klassen in §. 11. u. 12. J. de grad. cogn. 3. 6.

Digitized by Google

Rechtsstoff in dies Justinianeische Civilrecht Aufgenommenen als einem „iure civili non incognitus“ der Erwerb der Erbschaft nicht mehr bloß durch b. possessionis agnitio, sondern auch durch die formlose hereditatis aditio offen stehen mußte. Daß dies in der That Justinians Wille war, läßt sich mit Bestimmtheit nachweisen.

Die zwei Hauptgesetze Justinians in dieser unserer Lehre von der Erbantretung, also im Codextitel: de iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate 6. 30., sind die l. 19. und 22, jene: die Justinianeische Transmission, diese: das Inventarsrecht einführend. Beide zeigen mit einer allen begründeten Zweifel ausschließenden Sicherheit, daß alle *ex testamento* und *ab intestato* Berufenen (also sowohl die aus civilrechtlicher wie die aus prätorischer Quelle entstammenden, schon seit der ersten Abfassung des Codex durch die „allgemeine Correction“ in's Justinianeische Civilrecht Aufgenommenen) durch *hereditatis aditio* — sei es pro herede gestio, sei es nuda voluntas suscipiendae hereditatis [91]) — das Erbrecht erwerben können, also die b. possessionis agnitio für Niemanden von ihnen eine Nothwendigkeit mehr ist.

L. 19. (III. Kal. Novemb. 529.): . . . sancimus: *si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus* deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit non tamen successioni renuntiaverit ut ex hac causa deliberare videatur, *sed nec aliquid gesserit quod aditionem vel pro herede gestionem*

91) Die cretio [vgl. Ambrosii epistol. lib. IX. ep. 73: „tanquam clausis ergo tabulis *cernit* hereditatem, non possidet, autoritatem non habet lectionis] ist allgemein aufgehoben; l. 17. C. de iure delib. 6. 30.

Digitized by Google

inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat. . . . . et siquidem is, qui sciens, *hereditatem* [92]) *sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam*, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum vel ab intestato vel aliter *ei cognitum sit heredem* (A. 92.) *eum vocatum fuisse*, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel *adeundam* sibi vel renuntiandam *hereditatem* manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus *pro adeunda hereditate* suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat.

Also für alle testamentarisch oder ab intestato Berufenen wird nur von der hereditatis aditio gesprochen, bei deren Unterlassung mit Ablauf der Jahresfrist den Erben kein Zugang zur Erbschaft mehr gestattet ist, die aber beim Tode innerhalb der Frist den Erben noch offen steht. Und diese aditio im w. S. wird ausdrücklich erläutert als die einer Privathandlung des gerere quod aditionem [die aditio im eng. S. oder nuda voluntas suscipiendae hereditatis] vel pro herede gestionem inducit. Wenn mithin beim Tode jedes ex test. oder ab int. Berufenen innerhalb des Jahres sein Erbe ein derartiges gerere auch ohne b. possessionis agnitio vorgenommen hat, so hat er die

92) Es kann gar kein Zweifel sein, daß hier unter *hereditas* und *heres* auch die testamentarisch wie ab intestato von Justinian anerkannte prätorische Erbberechtigung mitverstanden ist.

Digitized by Google

Erbschaft erworben. Und wenn der Berufene selbst bereits ein solches gerere vorgenommen hatte, so ist vom Uebergange des arbitrium auf die successio deßhalb nicht die Rede, weil offenbar nach Justinians Ansicht der Berufene durch solches gerere seinerseits die Erbschaft schon definitiv erworben hatte [93]). —

93) Nehmen wir also einen im Justinianeischen Rechtsbuch nur aus prätorischer Bestimmung testamentarisch Erbberechtigten, oder ab intestato den überlebenden Ehegatten. Wäre für ihn nur die Agnition der Weg zum Erbschaftserwerbe, so würde jede dieser Personen, allein vorhanden, in 100 Tagen vor dem Richter ihre Erklärung abzugeben haben. Nun aber sagt die l. 19, daß wenn bei ihrem Tode von einem ganzen Jahr noch ein Rest vorhanden ist, ihren successores die *adeunda hereditas* noch offenstehe. Wenn hier die 100 Tage der Agnitionsfrist schon abgelaufen sind, so kann nicht davon die Rede sein, daß die successores noch eine Agnition vor Gericht vorzunehmen hätten, sondern unter der „adeunda hereditas" ist nach Justinian's Worten verstanden, daß der successor: „aliquid gesserit quod aditionem vel pro herede gestionem inducit", also jede dem Civilrecht entsprechende, den Willen der Erbschaftsannahme enthaltende Privathandlung. Wenn aber jener Berufene selbst (nach Ablauf der 100tägigen Agnitionsfrist) innerhalb des Jahres „aliquid gesserit quod aditionem vel pro herede gestionem inducit", so geht auf seine successores das arbitrium des Erbschaftserwerbes deßhalb nicht mehr über, weil hier nach Justinians Willen der Berufene durch das „aliquid gerere", das keine *b. possessionis agnitio* ist, seinerseits die Erbschaft bereits definitiv erworben hat. Wir haben hier mithin die sichere Constatirung, daß auch die nur prätorisch Erbberechtigten (vgl. A. 92.) ohne Agnition durch bloße civile

Digitized by Google

Ganz dasselbe Resultat, daß die b. possessionis agnitio für keinen in den von Justinian admittirten Klassen Berufenen mehr eine Nothwendigkeit ist, sondern er auch schon durch aditio (pro herede gestio oder nuda voluntas) definitiv erwirbt, — ergibt auch die l. 22. eod.

(V. Kal. Decemb. 531.): . . . ad *omnes* hoc extendere, ... si onerosam quis inveniat esse quam *adierit hereditatem.* §. 1. Cum igitur *hereditas* (A. 92.) ad quendam *sive ex testamento sive ab intestato fuerit delata* . . . si quidem recta via *adire* maluerit *hereditatem* et spe certissima hoc fecerit, *vel sese immiscuerit*, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus est, *utpote hereditate ei ex*

her. aditio die Erbschaft erwerben. Wenn sie dies aber können nach Ablauf der Agnitionsfrist innerhalb des Jahres, so kann Justinian doch auch nichts Anderes gewollt haben für den Fall, daß innerhalb des Jahres ihre Agnitionsfrist noch nicht abgelaufen ist. — Gegen meine Berufung auf die l. 19. (und 22.) cit. bemerkt Schirmer Erbr. §. 7. A. 50: „Zur Erklärung des Umstandes [daß diese Stellen nur von her. aditio und pro herede gestio reden, während sie sich offenbar auf die gesammte Erbfolge erstrecken sollen] wird der Hinweis darauf genügen, wie schon ehedem heres, hereditas, successionem adipisci und ähnliche Ausdrücke gleichmäßig civiles und prätorisches Erbrecht umfaßten, und wie man dem entsprechend später auch hereditatem adire in demselben weiten Umfange setzen konnte". Damit wird der Punkt, um den es sich handelt, gar nicht getroffen. — Vgl. auch Arndts Pand. §. 508. A. 1. a. E.; Köppen Erbr. S. 284. A. 43; Windscheid Pand. §. 596. A. 8.

Digitized by Google

sua voluntate infixa. §. 2. Si autem dubius est, utrumne admittenda sit nec ne defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed *adeat hereditatem vel sese immisceat,* omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur. §. 12. Sin vero, postquam *adierint vel sese immiscuerint,* praesentes vel absentes inventarium facere distulerint . . . . ., tunc eo ipso quod inventarium secundum formam praesentis constitutionis non fecerunt, et *heredes* (A. 92.) *esse omnimodo intelligantur* et debitis hereditariis in solidum teneantur. §. 13. . . . . cum enim liceat et *adire hereditatem* et sine damno ab ea discedere ex praesentis legis auctoritate, quis locus deliberationi relinquitur? §. 14. . . . non liceat ei post tempus praestitutum, si non recusaverit hereditatem sed *adire maluerit*, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua iura omnibus creditoribus teneatur. . . . . sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem, *si adierint vel pro herede gesserint* [94]) vel non recusaverint here-

94) In allen dieſen, ſtets gleichmäßig wiederkehrenden, Ausdrücken liegt, da Juſtinian dies für alle Berufenen ausſpricht, daß ein im Corpus Juris als prätoriſch erbberechtigt Anerkannter, wenn er „adierit hereditatem vel sese immiscuerit“ [d. h. wenn er irgend welche Privathandlung, die das Erbeſeinwollen involvirt, vorgenommen hat], nicht etwa ſagen kann, er ſeinerſeits hafte hieraus nicht, indem für ihn nur eine in beſtimmter Friſt vor dem Richter abgegebene Erklärung bindend ſei. Vielmehr iſt ein Solcher, ebenſo wie ein ſich auf Civilrecht Stützender: „omnibus creditoribus suppositus, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa“.

Digitized by Google

ditatem omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel *adierit hereditatem* vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur. . . . §. 15. . . hac constitutione quae omnes casus continet.

Ganz daſſelbe Ergebniß gewährt auch die Nov. 1. c. 1. §. 4.[95]), wonach für alle Klaſſen, die an die Stelle des eine Auflage nicht erfüllenden Onerirten gerufen werden, anerkannt wird, daß ſie nach dem geltenden Rechte (ταῦτα δὴ τὰ τοῦ νόμου ῥήματα) Erben werden können: durch *aditio* und *pro herede gestio*[96]). —

Man ſieht hiernach deutlich: Juſtinian hat die Admiſſion der prätoriſchen Klaſſen in die Compilation als eine Aufnahme in's Juſtinianeiſche Civilrecht aufgefaßt, und ſie danach alle auch der civilrechtlichen Privatantretung zugänglich gemacht[97]). Er hat

95) Vgl. im Uebrigen, über die Bedeutung der Novellen für unſere Frage, meine Bon. Poss. II. 2. S. 261 ff.

96) In omnibus vero casibus, quando, supra scriptis non implentibus, *eos qui vel in testamento scripti sunt vel ab intestato veniunt* vel etiam reliquos *vocamus*, illis omnibus, *ut heredes fiant atque adeundi et pro herede se gerendi (quae verba legis sunt)*, omniaque tanquam heredes agendi *ius habeant*, concedimus.

97) Insbeſondere über die hier nicht weiter zu erörternde Frage von der Zuläſſigkeit der Stellvertretung bei der Juſtinianeiſchen Erbantretung vgl. meine Bon. Poss. II. 2. S. 325 ff. und Seuffert's Arch. XV. Nr. 232. XXI. Nr. 243.

Digitized by Google

unter den recipirten regulären Klassen: a) Testament, — b) sui und die durch den Prätor und die Constitutionen ihnen Zugerechneten, — c) legitimi d. h. Agnaten und die durch SCte und Constitutionen Hinzugefügten, — d) Cognaten, — e) Ehegatte, — eine allgemein durchgreifende ordinum successio ganz so, wie sie dann auch von der Nov. 118. festgehalten wird, anerkannt [98]). Damit sind alle Möglichkeiten des classischen Rechts, daß beim Vorhandensein einer früheren Civilklasse eine spätere Klasse eine gültige aber zur sine re zu machende b. p. erhielte, oder umgekehrt, daß eine frühere Klasse b. p. (sec. tab.) erhielte, die aber durch eine spätere Civil-(Intestat-)klasse zur sine re gemacht werden könnte, — auch abgesehen davon, daß die b. p. sine re schon seit Diocletian als verschwunden anzusehen ist, — durchaus unvereinbar. Was in dieser Hinsicht sich als in's Corpus Juris aufgenommenes Quellenmaterial vorfindet, ist gemäß der practisch-Justinianeischen Klassenstellung, wonach kein in einer späteren Klasse Stehender Erbrecht haben kann, soweit ein in früherer Klasse Vorhandener Erbrecht hat-(A. 89.), umzuinterpretiren [99]).

98) Nach verschiedenen Seiten unrichtig ist die Darstellung Koch's, Preuß. Pr.R. (3. Aufl. 1858.) II. S. 810. 811: „Das alte R.Civilrecht und auch das prätorische Recht hatte die Regel: in legitimis hereditatibus successio non est; deßhalb trat immer das Accrescenzrecht ein. Nur für den ordo unde cognati (die dritte prätorische Klasse) führte der Prätor die successio graduum ein, d. h. er bot den Nächstfolgenden die b. p. an, wenn der Vorhergehende nicht agnoscirte, und Justinian dehnte sie auf die Agnaten (die zweite prätorische Klasse) aus".

99) Wie in dieser Hinsicht insbesondere der Fall des irri-

Digitized by Google

54. So einleuchtend und auch passend das in Betreff des Justinianeischen Willens bis jetzt gewonnene Resultat sein mag, so bedenklich erscheint auf den ersten Blick die Sache, wenn wir an die einstweilen aufgeschobene (Ziff. 52. A. 86.) Frage herantreten, in welcher Stellung wir uns die Klasse der c. t. b. p. zu der aus civilen und prätorischen Elementen vereinigten testamentarischen Klasse bei Justinian zu denken haben.

Darüber kann jedenfalls nach dem Bisherigen kein Zweifel sein, daß die von Justinian auch für necessaria constituta erklärte und in sein Civilrecht „admittirte" c. t. b. p., als eine b. p. „*ex testamento*" (Ziff. 4. bei A. 28.), nach den Erklärungen der l. 19. und 22. C. de iure del. ebenfalls nicht mehr unter der Nothwendigkeit der Agnition steht. Also der zur c. t. b. p. Berechtigte kann nach Justinians Willen auch schon durch aditio oder pro herede gestio sein Notherbenrecht erwerben. Es erhebt sich aber weiter die Frage, ob wir uns im Sinne Justinians die c. t. b. p. ebenso vor die testamentarische Klasse gestellt zu denken haben, wie wir so eben nach Justinians deutlichen Erklärungen die testamentarische und die vier Intestatklassen der Compilation [100]) eine vor die andere gestellt erkannt haben. Alsdann würde erst im wahren Sinne „*post*" c. t. possessionem, also erst *si nemo extat* in der Klasse der c. t., *tunc* der testamentarische Erbe gerufen werden, und umgekehrt wäre, so lange in der Klasse der c. t. ein Berufener vorhanden ist, die

tum testamentum im Justinianeischen Recht zu behandeln ist, wird im §. 1619 erörtert werden.

100) Von den Klassen der Nov. 118. ist hier nicht weiter zu reden.

Digitized by Google

Erwerbshandlung (aditio) des testamentarischen Erben [abgesehen von der hier nicht weiter zu berührenden, besonders zugelassenen Erwerbshandlung „im Voraus"] noch völlig unwirksam [1]).

v. Löhr (Mag. III. S. 347. 348.) hat in der That diese Ansicht aufgestellt. Es müsse „eine Darstellung des practischen Resultats, wie es früherhin durch wechselseitiges Einwirken der hereditas und b. p. entstand, das neueste Erbrecht geben", wenn auch durch diese Verbindung dem *heres* (scriptus), bei der cum re ihm gegenüberstehenden (c. t.) b. p. [2]), die Delation der Erbschaft und die Möglichkeit des Erwerbes auf den Fall, daß der Frühere nicht Erbe werde oder bleibe, entzogen zu werden scheine. Wenn nämlich nach classischem Recht ein heres (scriptus) und ein (c. t.) b. possessor im selben Falle vorhanden waren, „so wurde beiden die Erbschaft deferirt, beide konnten sie erwerben und auf ihre Erben transmittiren. Dabei war freilich das Recht des heres unwirksam, wenn der c. t. b. possessor Erbe wurde, Erbe blieb und seine Exceptionen Wirksamkeit behielten. Der heres hatte aber doch den Vortheil, daß er, bevor dies entschieden war, die Erbschaft erwerben konnte, so daß, wenn das Recht des b. possessor wegfiel, es keines

1) Diese Frage ist, wenn man die c. t. b. p. als durch Nov. 115. hinweggeräumt annimmt, von keiner practischen Wichtigkeit. Aber ihre Untersuchung erscheint doch für das Gesammtverständniß der Justinianeischen Compilation als ganz unentbehrlich.

2) v. Löhr spricht hiebei zugleich auch noch von der Behandlung der b. p. sine re im Justinianeischen Recht. Ich brauche hierauf nach dem vorher Bemerkten nicht weiter einzugehen.

Digitized by Google

neuen Erwerbes bedurfte, und daß er, selbst während diese Ungewißheit dauerte, das Recht auf die erworbene Erbschaft seinen Erben hinterließ". Nach der von Löhr angenommenen Zusammenstellung der Erbklassen nach ihrem practischen Resultate muß also „die Existenz der cum re (c. t.) b. p. bewirken, daß der heres noch nicht, sondern erst in einer folgenden Klasse gerufen wird".

Löhr glaubt jenes Bedenken damit zu widerlegen, daß jetzt (auch für die heredes) die Möglichkeit bestehe, inter alienam vicem die b. p. zu agnosciren, und damit jeder denkbare Nachtheil abgewandt werden könne. Dem steht aber entgegen, daß nach dem von Justinian voll admittirten Rechtsinstitute der c. t. b. p. der heres scriptus eben nicht b. p. zu agnosciren braucht, sondern es ihm freisteht, bloß her. aditio kraft seines Civilrechts vorzunehmen, wodurch er späterer Antretung überhoben wird, und die Transmission auf die Erben ihm offensteht. Also sein Civilrecht hat eigene Wirkungen als: nicht einer hinterstehenden Klasse, sondern eines eigenen, auf anderem Rechtsboden neben dem (durch seine Rechtsmittel zum Obsiege in Stand gesetzten) c. t. b. possessor ruhenden Rechtes. Dies, in die Compilation aufgenommen, ist mithin ein noch für ihn vorhandenes Recht, dem gegenüber er, wenn er nicht will, nicht gezwungen werden kann, sich mit Agnition der b. p. inter alienam vicem (die überdies von geringerer Wirksamkeit wäre) zu helfen.

Es kommt aber weiter in Betracht, daß nach dem in allen Details von Justinian in die Compilation aufgenommenen Rechte des Civilerben gegenüber der correctorischen c. t. b. p., so wie es oben Ziff. 5—13. dargestellt worden ist, die hereditatis aditio des s. g.

Digitized by Google

heres sine re gar nicht bloß eine eventuelle Bedeutung für den Wegfall der vorstehenden b. p. cum re hat, sondern in der tiefgreifendsten Weise (was Löhr ganz unberücksichtigt läßt) auch auf die Rechtsstellung des sein Recht geltend machenden b. possessor cum re herüberwirkt, so daß in gewisser Richtung ein ähnliches Verhältniß wie das der Fiduciar zum Universal-Fideicommissar herauskommt, und noch weitergehend die her. aditio bez. repudiatio sogar auf Umwegen partiell auf die ganze Rechtsstellung des b. possessor c. t. einwirken kann. Dies Alles ist in die Compilation recipirt, und wenn man auch Löhr gern zugeben mag, daß es die Aufgabe Justinians, wenn er tiefer zu blicken vermocht hätte, gewesen sein würde, die Stellung der s. g. hereditas sine re gegenüber der c. t. b. p. zu der einer einfach nachstehenden Klasse herabzudrücken, so muß man doch zugleich sich vergegenwärtigen, daß dies für Justinian eine zu schwere Anforderung gewesen sein würde. Es hieße das soviel als: die c. t. b. p. völlig innerlich umgestalten, und Fäden heraustrennen, die in einer für die Compilatoren nicht löslichen Weise mit dem ganzen Gewebe verknüpft waren, indem es dann gegolten hätte, der c. t. b. p. nach verschiedenen Richtungen hin eine wesentlich andere Gestalt zu geben.

Man kann auch nicht damit ausweichen (was Löhr S. 353. unter Hinweisung auf S. 189—193. anzudeuten scheint), daß wir nun diese Ausscheidung vorzunehmen, und alles im Institut der c. t. b. p. in die Compilation Aufgenommene, was in Betreff des scriptus heres dem Begriff einer nachstehenden Klasse widerspricht, als bloß historische Notiz zu betrachten hätten. Wir würden damit die c. t. b. p. in ihren wesentlichsten Grundlagen umgestalten, wobei über die

Digitized by Google

Gränzen der Umgestaltung auch immerhin wohl noch Zweifel entstehen könnten. Und jedenfalls würde dies Verfahren — gegenüber dem Umstande, daß wir dafür nicht die geringste Andeutung des Justinianeischen gesetzgeberischen Willens anführen können, und daß andererseits die volle Aufnahme des Instituts der c. t. b. p., als eines genau in einander greifenden Ganzen, in die Compilation dem entschieden widerspricht, — die baare, bloß auf Zweckmäßigkeitsgründe gestützte Willkür sein. —

Es kann hiernach nicht bezweifelt werden: die c. t. b. p., trotz ihrer Aufnahme ins Justinianeische Civilrecht, also trotzdem daß der darin Berufene gleich auf Grund einer bloßen her. aditio die her. pet. possessoria gegen den eingesetzten Erben anstellen kann, — ist gegenüber der testamentarischen Klasse nicht einfach: *vorstehende* Erbklasse. Das ganze (oben erörterte) Detail, wie trotz der Erbantretung des c. t. b. possessor der scriptus heres, wenn er eben Lust hat dem c. t. b. possessor entgegenzutreten, auch seinerseits die her. aditio vornehmen kann, ist für practisch-Justinianeisches Recht zu halten. Nur die ratio, aus der wir dies erklären müssen, ist eine andere geworden. In der classischen Zeit war es die, daß der heres, gegenüber dem prätorisch-Berechtigten, auf dem historisch anderen Rechtsboden des Civilrechts steht. Bei Justinian ist die ratio eine rein dogmatische geworden. Beide, c. t. b. possessor und scriptus heres, stehen nunmehr auf demselben Rechtsboden des Justinianeischen Civilrechts. Aber der scriptus heres, der sich überhaupt dem Notherben gegenüberstellen will (und zwar jetzt jeder, auch der aus bloß prätorischer Quelle erbberechtigte, scriptus heres) steht auf dem Boden des zunächst juristisch gültigen Testaments. Der Notherbe,

Digitized by Google

auf sein verletztes Familienrecht sich stützend, hat das Recht, die ihm gebotene Successsion sogleich (durch c. t. b. possessionis agnitio, und nunmehr auch bloße her. aditio) zu erwerben. So stehen sich beide erworbene Erbrechte zunächst feindlich gegenüber, die her. petitio, die jeder von Beiden gegen den besitzenden Anderen anstellen kann, entscheidet, wer von Beiden den Anderen zu vertreiben vermag. Aber auch wenn der Notherbe siegt, so kann doch die geschehene her. aditio des scriptus heres die von Justinian recipirten Wirkungen auf den Notherben herüber ausüben.

Es hat danach im Justinianeischen Recht die c. t. b. p. sehr viel mehr den Charakter eines durch Proceß vom Notherben gegen den scriptus geltend zu machenden Impugnativmittels angenommen. Sie ist dadurch der Inofficiositätsquerel ähnlicher geworden, bei der ja auch Notherbe und scriptus heres zunächst mit der Antretung ihres beiderseitigen, sich widersprechenden, Erbrechts einander gegenüberstehen[3]). — Wirklich im vollen juristischen Sinn einhintereinander rangirende Erbklassen sind in der Compilation nur die fünf: die testamentarische, und die vier oben bezeichneten Intestatklassen. In ihnen sind die verschiedenen historischen Elemente, aus denen sie zusammengesetzt worden, auf dem Boden des Justinianeischen Civilrechts practisch zu-

3) §. 5. J. de exher. liber. 2. 13: ut omnes, sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur vel nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum *circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam*, quam filii sui vel emancipati habent. Vgl. den Ziff. 10. A. 68. citirten Ausdruck Justinians, und das Ziff. 18. a. E. Gesagte; s. auch noch Ziff. 45. Nr. 1. d.

Digitized by Google

sammengeflossen. So wie schon früher jeder aus civilrechtlicher Quelle Berufene außer seiner her. aditio auch zur b. possessionis agnitio berechtigt war, so ist umgekehrt bei Justinian für den definitiven Erbschaftserwerb (utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa) jeder aus prätorischer Quelle Berufene neben seiner b. possessionis agnitio auch zur Vornahme der formlos-privaten hereditatis aditio oder pro herede gestio berechtigt.

55. Ich kehre nunmehr zu dem Punkte zurück, den ich als einen zweifellosen im Anfang von Ziff. 52. bereits constatirte. Es ist ganz sicher, daß Justinian durch Aufnahme der betreffenden Titel in Digesten und Codex die ganze Lehre vom successorium edictum und von der Agnition der b. p. vor Gericht (in der Abschwächung durch das Constanzische Gesetz) in bestimmter Frist als practisch geltendes Recht anerkannt hat[4]). Wie reimt sich dies zu dem jetzt festgestellten Satze, daß für die aus prätorischer Quelle Justinianeisch-Berufenen die b. possessionis agnitio nicht mehr eine Nothwendigkeit sein soll, sondern sie auch durch her. aditio das Erbrecht erwerben können?

Es kann doch nicht gedacht werden, daß Justinians Arbeiter an der einen Stelle angenommen hätten, was ihnen dann an der anderen (in l. 19. und 22. C. de iure del.) wieder aus dem Sinn gekommen wäre. Es

4) Auch in den Institutionen wird in dem dritten Abschnitt des Titels de bon. poss. [hinter dem oben erörterten, die admittirten Klassen namhaft machenden, zweiten Abschnitt] §. 9 ff. diese Lehre allerdings zunächst erzählend eingeführt, dann aber als zweifellos geltende hingestellt.

Digitized by Google

kann ferner die Beweiskraft des Umstandes, daß in diesen letzteren Gesetzen die hereditatis aditio bei allen historisch verschiedenen Elementen aller Erbklassen für genügend anerkannt wird, wohl schwerlich noch abgeschwächt werden. Wie aber dann aus einem, wie es scheint, ganz flagranten Widerspruch herauskommen?

1) Zunächst ist Folgendes in Erwägung zu ziehen. Die b. possessionis agnitio war eine althergebrachte tief im Volk eingewurzelte Sitte der Römer. Aber sie war mehr als das; sie enthielt da, wo sie einmal eingelebt war, auch ein sehr zweckmäßiges, oben schon (Ziff. 51.) berührtes Element. Es wurde durch richterlich abgegebene Antrittserklärung der Beweis derselben von vorn herein festgestellt. Und dies ist von solcher Bedeutung, daß die Sache sich geradezu umdreht. Im römischen Rechtsleben ist, da einmal die b. possessionis agnitio sich so vollständig eingelebt hatte, es offenbar eine vielverbreitete Sitte gewesen, auch da, wo für den Civilberufenen nur eine Privaterklärung nöthig war, doch auch eine Antrittserklärung zu den richterlichen Acten abzugeben. Das beweisen eben die (nach dem oben Ziff. 51. Ausgeführten von Flach zu weitgehend verwendeten) Worte jener l. 8. Th. C. de bon. matern.: aut bonorum possessionem imploret aut qualibet *actis* testatione successionem amplectatur [5]). Es wäre bei diesen bestehenden Verhältnissen von Justinian sehr verkehrt gewesen, wenn er hätte bestimmen wollen: die Antrittserklärung vor Gericht soll aufgehoben sein. Nur der Zwang, daß eine Gruppe von Erbberechtigten die Handlung unter allen Umständen vor Gericht vornehmen mußte, war unbequem. Daß

5) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 137. 138.

Digitized by Google

man ihn als drückenden fühlte, beweist die Reihe von Kaisergesetzen (Ziff. 51. A. 77.), in denen schon vor Justinian in einzelnen Fällen die necessitas der b. possessionis agnitio aufgehoben ward. Für Justinian kommt vollends hinzu, daß, indem er in seiner Compilation die Erbklassen einheitlich zusammenfaßt, der Zwang für die der prätorischen Quelle Entstammenden sich als ein geradezu unleidliches und innerlich ganz unmotivirtes privilegium odiosum herausstellen mußte. Es lag also doch für Justinian sehr nahe, daß er an sich die b. possessionis agnitio bestehen ließ [6]), und nur gestattete, daß sie, wie jeder Civilberechtigte statt Adition auch Agnition der b. p. vornehmen konnte, so auch von dem aus dem prätorischen Recht in's Justinianeische Civilrecht Aufgenommenen je nach seinem Willen durch her. aditio ersetzt werden dürfe.

2) Hiemit aber ist doch noch keine Rechtfertigung dafür gegeben, daß Justinian nicht bloß die Erklärung vor Gericht, sondern auch den ganzen Apparat des successorium edictum mit dem darin liegenden Fristenablauf als (wie gar nicht zu bezweifeln ist) practisch geltendes Recht recipirt. Hierzu bedarf es noch eines ganz anderen erklärenden Momentes; aber dies Moment ist auch in der That vorhanden. Es wird unten nachzuweisen sein, daß das *Int. quor. bon.* in der späteren

6) Danach drückt er sich denn auch z. B. in Betreff der Succession der Kinder im §. 3. J. de succ. libert. 3. 7. so aus, als wenn überhaupt gar nichts verändert wäre: cum vero maiores centenariis sint, *si heredes vel bonorum possessores liberos habeant*, sive unum sive plures cuiuscunque sexus vel gradus, ad eos *successionem* parentum deduximus, patronis omnibus una cum sua progenie semotis.

Digitized by Google

Kaiserzeit nicht verschwunden oder in der her. pet. poss. aufgegangen ist, sondern sich als ein besonderes *beneficium* auf einstweilige Besitzeinweisung für die regulären Erbklassen [wobei es nur noch wieder innerhalb der testamentarischen Succession durch die missio Hadriana bei Seite geschoben wird] erhalten hat. Zur Erlangung dieses Beneficium [es wird gerade das Interdict in der späteren Kaiserzeit speciell als „Beneficium“ [7]) bezeichnet], ist nun unzweifelhaft rechtzeitige Agnition der b. p. vor dem Richter immer für nothwendig gehalten worden. So war denn auch, da das Beneficium der Reihe nach allen regulären Erbklassen offen stehen sollte, die Festhaltung des ganzen Apparats des successorium edictum eine Nothwendigkeit. — Daß Justinian in dieser Weise die richterliche Agnition nach den Zeitvorschriften des successorium edictum als eine Nothwendigkeit für alle Erbklassen, die des besonderen „beneficium“ der b. p. theilhaftig werden wollen, festhält, deutet er auch bestimmt in dem Institutionentitel de bonorum possessionibus an. Es wird im Titel de Interdictis 4. 15. §. 3. das Interd. quor. bon. nach seinen genaueren Regeln als ein Stück des geltenden Rechtes vorgetragen, unter besonderer Hervorhebung, daß es nur *ei cui bonorum possessio data est* zustehe, also daß die Agnition zu seiner Erlangung eine Nothwendigkeit sei (accommodatur bonorum possessori). Offenbar in Hinblick auf diese später folgende Erörterung ist der dritte (Schluß-) Abschnitt des Titels de bon. poss. abgefaßt.

Justinian hat in den voraufgehenden Titeln das Erbrecht schon mit Zusammenfassung der je in die ein-

7) Vgl. unten Ziff. 67. Nr. c.

Digitized by Google

zelne Lehre einschlagenden altcivilen, prätorischen und neucivilen Rechtselemente dargestellt. Dabei wird im Titel de heredum qualitate et differentia 2. 19. §. 5—7. als das für alle extranei geltende Recht der Antretung, sowohl für den heres testamento institutus wie den ab intestato ad legitimam [d. h. nicht: zur civilrechtlichen, sondern allgemein: zur gesetzlichen[8])] hereditatem vocatus, lediglich das Recht der hereditatis aditio, so wie es unter Zufügung des Inventars-Beneficium geordnet worden, ganz der l. 22. C. de iure delib. gemäß, ohne alle Erwähnung der b. possessionis agnitio, hingestellt. Indem dann Justinian am Ende der erbrechtlichen Lehren im Titel de b. p., nach dem erzählenden ersten Abschnitt, im zweiten Abschnitt zusammengestellt hat, welche einzelnen Klassen der b. p. er, durch seine Constitutionen Alles corrigirend, in das Civilrecht der Compilation recipirt habe, — nimmt er im dritten Abschnitt die abgebrochene Erzählung wieder auf. Er giebt im §. 9. (ähnlich dem fr. 1. de successor. ed.) an, daß der Prätor das successorium edictum mit Anordnung gewisser Fristen zum Zweck der baldigen Regulirung der Erbangelegenheit (ne actiones creditorum differantur) und der Vermeidung von Concursen eingeführt habe[9]). Nachdem er hierauf die Größe der Zeitfristen

8) Vgl. Ziff. 48. Nr. 4.

9) Cum igitur plures species successionum praetor introduxisset, *easque per ordinem disposuisset*, et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae: *ne actiones creditorum differantur sed haberent quos convenirent*, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mittantur et eo

Digitized by Google

des successorium edictum und die Folgen ihrer Versäumung angegeben, schließt er mit dem §. 11. u. 12. folgendermaßen: In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. Sed bene anteriores principes [insbesondere l. 9. C. qui admitti] et huic causae providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo si admittentis eam indicium [10]) *intra statuta tamen tempora* ostenderit, *plenum habeat earum beneficium.* Indem hier abgebrochen wird, so zeigt nun weiter der §. 3. de Interdictis, was das Beneficium sei, welches man durch die nach den Vorschriften des successorium edictum rechtzeitig vor Gericht agnoscirte b. p. gewinne. Unmöglich aber kann der Institutionenverfasser damit dem in §. 5—7. de her. qual. et diff. von ihm vorgetragenen Rechte der l. 22. C. de iure del. widersprechen wollen, daß jeder in den zu Justinianeischem Civilrecht vereinigten Erbklassen ex testamento oder ab intestato Berufene durch nuda voluntas oder pro herede gestio Erbe werde „utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa".

3) Noch nach einer anderen Richtung hin ist die Agnition der b. p. vor dem Richter in bestimmter Frist als eine Nothwendigkeit festgehalten. Für die provisionelle b. p. furiosi nomine hebt sie Justinian in

modo sibi consulerent, *ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit.*

10) Durch die hier vorliegende Hinweisung auf die anteriores principes sieht man, daß Justinian im §. 12. nicht vom Aufgeben (Brinz Pand. S. 706.), sondern umgekehrt gerade vom Festhalten der gerichtlichen Agnition der b. p. redet.

Digitized by Google

l. 7. §. 3. C. de curat. furios. 5. 70. [11]) ausdrücklich hervor, und es kann kein Bedenken haben, dies überhaupt seinem Willen auch für die anderen ihr gleichartigen Fälle provisioneller bonorum possessiones entsprechend anzunehmen.

56. Nachdem ich hiemit dargelegt habe, in welcher Weise Justinian die b. p. in die Compilation aufgenommen hat, ziehe ich das kurze Resultat.

Bei Justinian haben die Stücke des gesammten Instituts der b. p. eine zwiefache Stellung erhalten. Danach hat auch der Ausdruck: bonorum possessio-

11) Curatori autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem successionem existimaverit, *eam bonorum possessionem agnoscere*, quae antea ex decreto dabatur, *et ad similitudinem bonorum possessionis habere*, cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege [s. oben Ziff. 51. A. 72.] sublata est, et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitione. — Dadurch, daß hier von Justinian die l. 9. C. qui adm. als Aufhebung der petitio b. possessionis bezeichnet wird, darf man sich nicht täuschen lassen. In dieser Hinsicht bin ich in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 245 ff. insbes. S. 252. A. 15. zu weit in Betreff der Basilikenscholiasten gegangen. Ich vermuthete bei ihnen, gestützt auf einige Stellen, vorzugsweise Schol. ad Bas. XL. 9. l. 3. (Heimbach IV. p. 58.): didicisti bonorum possessionem hodie necessariam non esse" das richtige Verständniß des wirklichen Justinianeischen Willens, daß überhaupt die Nothwendigkeit der Agnition aufgehoben ist. Aber ich habe in dieser Hinsicht die Basilikenscholiasten zu günstig beurtheilt. Vgl. auch Zachariä v. Lingenthal, Innere Gesch. des Griech. Röm. R. S. 160. (1858).

Digitized by Google

nem petere, jenachdem wir ihn in der Compilation je im einen oder im anderen Gebiete lesen, eine doppelte Bedeutung [12]).

Einerseits sind die oben angegebenen ordinären Klassen der b. p. Bestandtheil des Justinianeischen Civilrechts geworden. Wer danach im concreten Fall der Nächstberufene ist, kann nach Justinian's Willen sein Erbrecht durch b. possessionis agnitio, aber auch durch private her. aditio erwerben. Lesen wir also in Betreff einer Frage der Erbberechtigung in der Compilation den Ausdruck „b. possessionem petere", so hat dies im Sinn Justinian's regelmäßig ganz die Bedeutung von: „*iure honorario succedere*" [13]).

Andererseits hat sich auch, wenngleich in viel be-

12) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 284 ff.

13) §. 10. J. de fideic. her. 2. 23: **Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum,** *ad quem bona sua vel legitimo iure vel honorario pertinere intellegit,* **ut** *hereditatem suam* . . . **restituat.** — In diesem Sinn sind also, abgesehen von dem den einzelnen Erbklassen angehörigen Rechtsmaterial der b. p., auch allgemeine erbrechtliche, der b. p. entstammende, Lehren, wie die oben dargestellten: von der Transmission aus rechtlichem Erwerbshinderniß (Ziff. 43.), sowie von der Erbantretung „im Voraus" nach l. 9. C. qui admitti (Ziff. 51. A. 73.) Stück unseres heutigen gemeinen Rechts. Ebenso auch anderes oben Vorgekommenes, wie: die Gesammtinterpretation des Begriffs der Universalsuccession (Ziff. 22.); die Stellung der Un. Succ. gegenüber der Fideicommißlehre (Ziff. 23.); auch (mutatis mutandis) Manches von der in den Ziff. 24. 25. dargestellten Lehre von der ficticischen Umwandlung einer erworbenen b. p. in eine andere.

Digitized by Google

schränkterem Kreise, das alte possessorische Element der b. p. erhalten. Theils in den besonderen Einzelfällen der Erlangung einer provisionellen b. p. (s. insbesondere §. 1604.); theils überhaupt als ein Recht der ordinären Erbklassen, unter Beobachtung der Vorschriften des successorium edictum das Interdictum adipiscendae possessionis Quorum bonorum zur einstweiligen Besitzrestitution der corpora hereditaria zu gewinnen (s. unten §. 1602). Hier enthält „b. possessionem petere" nach der Absicht Justinian's noch immer die Vorschrift der Agnition vor dem Richter innerhalb bestimmter Frist, in der freieren Gestalt, welche ihr das Gesetz von Constantius gegeben hatte.

§. 1601.

Aufnahme des Instituts der bon. poss. in die deutsche Rechtsanwendung.

57. Der Frage, welche gemeinrechtliche Geltung in Deutschland dem Institute der b. p. zuzuerkennen ist, habe ich in meiner Bon. Poss. (V. Buch 1. Cap.) eine eingehende Untersuchung gewidmet. Ich glaube, da gegenüber dem dort Gegebenen sich seither, so viel ich weiß, nur beitretende Stimmen in der Literatur geäußert haben [14]), das dort zusammengetragene Material nicht noch einmal vorlegen, vielmehr mich hier lediglich

14) Sintenis Civilr. III. §. 193. A. 1; Vering Erbrecht S. 630—632; Arndts Pand. §. 468. A. §. 508. A. 1; Seuffert Arch. IX. S. 412; Köppen Erbr. S. 282—285; Schirmer Erbr. S. 103 ff.; Brinz Pand. S. 747; Windscheid Pand. §. 596. Nr. 2; Baron Pand. S. 774.

Digitized by Google

mit der Hervorhebung des gewonnenen Resultates begnügen zu sollen. Dies lautet dahin: „es sind (innerhalb des überhaupt in Deutschland aufgenommenen Begriffs der Universalsuccession) die selbständigen Klassen des prätorischen Rechts wenigstens theilweise anerkannt, aber die prätorischen Delations- und Agnitionsregeln, als eine nothwendige Handlung für den prätorischen Erben, und als eine vortheilhafte für den Civilerben sind hinweggefallen“ [15]).

In wie weit der Klasse der c. t. b. p. noch eine practische Bedeutung beizumessen sei, hängt von der (später zu prüfenden) Frage ab, ob die Novellengesetzgebung dem formellen Notherbenrechte überhaupt noch einen Boden der Existenz übrig gelassen hat. Hievon abgesehen reduciren sich die noch anwendbaren Erbklassen des prätorischen Rechtes auf die mehrfachen dem Edict entstammenden und in die Compilation aufgenommenen Erweiterungen der testamentarischen Succession, und auf die — nach Absorption der Klassen unde liberi, unde legitimi und unde cognati durch die Nov. 118 — ab intestato allein übrigbleibende b. p. unde vir et uxor. Diese selbständig prätorischen Elemente der in Deutschland gemeinrechtlich anerkannten ordinären Erbfolge sind aber nicht so zur Geltung gebracht worden, daß der danach in concreto als Nächststehender zur definitiven Erbfolge Gelangende behufs der Erwerbung seines Erbrechts noch immer, im Gegensatz zu den civilrechtlichen Erben, einer Agnition vor dem Richter in bestimmter Frist bedürfte. Vielmehr hat man alle Erben, sowohl die aus römisch-civilrechtlicher oder prätorischer Quelle stammenden testamentarischen, wie die

15) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 449.

Digitized by Google

auf Nov. 118. oder das Edict unde vir et uxor sich stützenden Intestaterben, wie endlich die nach deutschem Gewohnheitsrecht — in Folge der neben den Testamenten sich als zweite Art erblasserischen Willens entwickelnden Verfügungsform s. §§. 1663—1669. — berufenen Vertragserben insgesammt unter die im Corpus iuris vorgefundenen civilrechtlichen Regeln des Erbschaftserwerbes (hereditatis aditio, spatium deliberandi und beneficium inventarii) gestellt.

Man ist dabei in Betreff der theoretischen Erklärung des Corpus iuris der Ansicht gewesen, daß Justinian die abgeschlossene Erwerbsform für die prätorischen Elemente der Erbklassen noch fest gehalten habe. Aber indem man die (oben erläuterte) richtige Sachlage, wonach auch schon Justinian die prätorische Agnition für kein Stück seiner Erbklassen als nothwendige Voraussetzung des Erbschaftserwerbes mehr festgehalten hat, nicht erkannte, ist die bewußte Anwendung eines anderen Rechtssatzes eine um so klarere Constatirung des selbstständigen deutschen Gewohnheitsrechtes. Dieses Gewohnheitsrecht geht nun aber weiter, als der im vorigen §. dargelegte wirkliche Justinianeische Wille. Nach Justinian ist die Nothwendigkeit der Agnition vor dem Richter in bestimmter Frist noch beibehalten: für die provisionellen Besitzeinweisungen, wie b. p. furiosi nomine, Carboniana u. s. w., und sodann für die in dieser Hinsicht nach ganz im successorium edictum hintereinandergestellten ordinären Erbklassen behufs Erlangung des Beneficium des Int. quor. bon. Indem das deutsche Gewohnheitsrecht die prätorische Agnition überhaupt nicht aufgenommen und überdies das Int. quor. bon. mit der missio Hadriana zu einem einzigen Institute des „Rechts des Einsatzes" zusammen-

Digitized by Google

gefaßt hat, ist die Agnition auch in diesen Gebieten für uns hinweggefallen[16]).

58. Während in Betreff dieses die b. p. angehenden practischen Resultates gegenwärtig eine wohlthuende Uebereinstimmung herrscht, so ist dasselbe doch keineswegs rücksichtlich eines Hauptgrundes, auf den sich das gewonnene Resultat stützt, der Fall. Damit ist dann aber der Boden, auf dem das Resultat ruht, immerfort ein wankender. So weit hier der Zweifel reicht, ist also „die critische Untersuchung der Frage, in wie weit die bonorum possessio in Deutschland als gemeinrechtlich recipirt zu betrachten sei", doch eine noch zu erledigende Aufgabe, und diese Aufgabe besteht vorzugsweise darin, „sich von der allgemeinen Frage, nach welchen Grundsätzen überhaupt die gemeinrechtliche Geltung des römischen Rechts zu beurtheilen sei, sorgfältige Rechenschaft abzulegen"[17]).

In dem ersten Bande dieser Serie Ziff. 7. habe ich angegeben, daß von jeher eine große Anzahl von Schriftstellern die abgeschlossene Agnitionsform für die prätorisch Erbberechtigten als auch in Deutschland geltendes Recht vorgetragen hat. Ich habe in der Argumentation ihres Hauptwortführers, Stryk, die Gründe vorgeführt, auf welche diese Schriftsteller ihre Ansicht stützen. Sie basiren auf dem Grundgedanken der s. g. „in complexu-Reception" des römischen Rechts. Ich habe an anderen Orten[18]) ausgeführt, daß man aus dieser vorausgesetzten in complexu-Reception keines-

16) Vgl. auch Seuffert's Arch. II. Nr. 77. VII. Nr. 71.
17) Vgl. Bd. I. dieser Serie S. 32. 37.
18) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 352 ff.; meine Civ. Stud. I. S. 12 ff.

Digitized by Google

wegs irgend welche Präsumtion, ein bestimmtes Institut des Corpus iuris sei bei uns geltendes Recht, ableiten dürfe. Indem ich, nach mehrfach hiegegen erhobenem Widerspruch[19]), auf meiner früheren Ansicht beharren muß, habe ich hier meine Gegenargumentation zu geben. Es versteht sich, daß ich bei dieser an sich sehr tiefgreifenden Frage mich lediglich auf dasjenige zu beschränken habe, was direct auf den hier vorliegenden Punkt von der gemeinrechtlichen Geltung der b. p. Einfluß äußert.

Meine Ansicht ist kurz diese:

1) Das römische Recht ist durch das Medium der Glosse zu uns nach Deutschland herübergetragen.

a) Der Satz: quod non agnoscit glossa nec agnoscit curia ist aber keineswegs auch umgekehrt richtig: quod agnoscit glossa id agnoscit curia. Vielmehr hat das deutsche Rechtsbewußtsein selbstthätig, Gewisses im Corpus iuris ablehnend, Anderes modificirend verfahren, und es besteht in Deutschland für die das geltende röm. R. vortragende Wissenschaft keinerlei Präsumtion rücksichtlich der Geltung eines einzelnen Instituts des Corp. iuris. Die Wissenschaft, wie sie überhaupt die Geltung der Rechtssätze zu prüfen hat, muß genau die gewohnheitsrechtliche Reception des einzelnen Instituts verfolgen und beweisen können, was übrigens auch in Betreff der meisten Punkte vollständig feststeht.

b) Ist das Institut von der Wissenschaft als gemeinrechtliches nachgewiesen, so hat der sich im Proceß darauf berufende Einzelne (vor der Curie)

19) Arndts Pand. § 2. A. 3. a. E.; Windscheid Pand. I. §. 2. A. 1. 2.

Digitized by Google

„fundatam intentionem“ für sich. Dies heißt: in dem einzelnen gemeinrechtlichen Particularlande kann vor dem Richter Jeder sich ohne weiteren Beweis auf die Details und Consequenzen dieses Rechtsinstituts berufen, auch wenn sie bisher in der Praxis noch keine Beachtung gefunden hatten. Behauptet sein Gegner im Proceß für diesen Distrikt eine partielle oder locale Nichtanwendbarkeit, so hat er dies zu beweisen.

c) Der Punkt b. von der fundata intentio d. h. die Frage von der concreten Anwendung des röm. Rechts wird häufig[20]) mit der von der abstracten Geltung des röm. Rechts ohne Scheidung zusammengemischt. In Folge dessen sagt man, es bestehe auch für unsere die Geltung der Rechtssätze prüfende Wissenschaft eine Präsumtion für die Geltung des Inhalts des „in complexu“ bei uns recipirten Corpus iuris. Allerdings ist das röm. Recht als geschlossenes Ganzes, und zwar nicht bloß rücksichtlich seines privatrechtlichen sondern auch seines öffentlichrechtlichen Inhalts, von den lehrenden Juristen auf den Universitäten zu uns nach Deutschland herübergetragen worden. Also die Translation geschah „in complexu“; aber rücksichtlich der rechtlichen Acceptation sind doch zwei Dinge wesentlich zu scheiden.

d) Die in complexu-Annahme hat zunächst nur die Bedeutung, daß man das röm. Recht wegen seiner wissenschaftlichen Vorzüglichkeit als s. g. „raison écrite“ anwendete. Also die Rechtsbegriffe, die gesammte theoretische Behandlungsart des Rechtes, die subsidiäre Verwendung auch bei Rechtsinstituten des einheimischen Rechts, soweit letzteren dies förderlich schien, ließ

20) Arndts a. a. O.; Windscheid a. a. O.

Digitized by Google

man zu. Und zwar hat diese Geltung des röm. R. (in noch wieder verschiedenen Abstufungen) auch in Ländern bestanden, die, wie das französische pays de droit coutumier, manche Theile der Schweiz u. s. w., an sich den Ländern mit eigentlicher Geltung des röm. R. gegenüber gestellt werden. Im 1. Bande dieser Serie habe ich diese Art der Geltung an der Verwendung der Lehre von den operae libertorum bei Struk exemplificirt (S. 31). Es ist dies die indirecte Geltung des röm. R. „ad intelligendas iuris materias“ [21]).

2) Hievon ist zu scheiden die Aufnahme der römischen Rechtsinstitute, und zwar speciell solcher, bei denen ein eigenthümliches, auch gerade für unsere besondere Frage bedeutsames factisches Element die Voraussetzung ist. Institute wie Ususfruct, Usus, operae animalium, Darlehn, Kauf, Stipulation, propter nuptias donatio, Testament, Erbantretungsact (im Gegensatz des deutschrechtlichen ipso iure-Anfalls) und viele andere sind, als etwas auf bestimmten ökonomischen Einrichtungen des Volkslebens und auf der Vornahme gewisser Privathandlungen Beruhendes, durch Volkssitte getragene Rechtsindividualitäten. Es sei erlaubt, dafür den Ausdruck „Rechtsspecies“ zu gebrauchen. Um von der directen Geltung solcher Rechtsspecies in Deutschland reden zu können, bedarf es des Vorhandenseins eines factischen Momentes.

a) Freilich bei vielen Rechtsspecies, wie Nießbrauch, Darlehn, Kauf u. s. w. ruht die eingebürgerte Sitte des Vornehmens solcher Geschäfte schon auf den natür-

21) In solchem Sinn hat z. B. für uns noch immer Bedeutung der Inhalt von Ziff. 26, sowie die Agnitionslehre in den Ziffern 32—34.

Digitized by Google

lichen öconomischen oder sittlichen Triebkräften des menschlichen Zusammenlebens. Hier liegt also auch gar nicht eine Transplantation der Volkssitte Behufs Vornahme der betreffenden Privathandlungen aus dem Römerthum in die moderne Zeit vor.

b) In anderen Fällen, wie z. B. bei den Testamenten, hat dagegen durch die fortgesetzte Lehre des röm. Rechts, auf Grund der eminenten practischen Brauchbarkeit des Instituts, und zwar vorzugsweise noch wieder vermittelt durch die Geistlichkeit, eine wahre Verpflanzung auch der Vornahme der Handlungen stattgefunden. Also auch die factische Seite der betreffenden Rechtsspecies ist moderne Volkssitte geworden, und so liegt der nothwendige Boden vor, auf dem die directe Geltung des römischen Rechtsinstituts ruht.

c) Noch wieder in anderen Fällen aber hat (sei es weil die öconomischen Bedürfnisse fehlten, sei es weil die römische Form den neueren Anschauungen zu fremdartig erschien) — wie bei der Stipulation, bei den operae animalium, propter nuptias donatio u. s. w. — die moderne Volkssitte die betreffende Rechtsspecies nie acceptirt. Der Deutsche greift nicht zur Vornahme einer Stipulation, weil er sie nicht kennt und nicht braucht. Hier hat also das römische Rechtsinstitut keine directe Geltung, es fehlt dazu der factische Boden. Und wenn einmal ein in den Pandekten gebildeter Jurist nach Inhalt des Corpus iuris eine Servitut der operae animalium oder eine römische Stipulation constituiren sollte, so ist damit noch keine Geltung des Instituts hergestellt, da ja ein Kundiger auch einmal einen Rechtsact des englischen, russischen u. s. w. Rechts, sobald er überhaupt permissiven Inhalts ist, bei uns für sich constituiren kann, ohne daß damit

Digitized by Google

das betreffende Institut als bei uns recipirt zu betrachten wäre.

3) In den modernen Völkern hat, seit Annahme des römischen Begriffs der Un. Succ., die Frage eine große Rolle gespielt, ob — im Gegensatz zur deutschrechtlichen Anschauung des ipso iure-Anfalls — zum Erwerbe des Erbrechts eine Antretungshandlung nöthig sei? Und zwar ist die Frage, in der Gegenstellung zu der deutschrechtlichen Behandlungsweise, immer gleichmäßig für alle Erbgründe, mochten sie dem röm. R. bekannte, mochten sie [wie die Erbverträge[22])] modernrechtliche sein, zur Entscheidung gelangt. In der That ist denn auch, in der Nr. 2b angegebenen Weise, in weiten Gebieten die römische Antretungshandlung mit Inventarserrichtung moderne Volkssitte geworden, aber nun gleich, in Anlehnung an l. 22. C. de iure del. (obgleich man für die Ueberreste der prätorischen Klassen noch die Nothwendigkeit der richterlichen Form ein Corp. iur. zu finden glaubte), in der Gestalt der civilrechtlichen her. aditio. Hier kann man nun recht erkennen, daß für eine derartige Frage mit der allgemeinen Formel von der indirecten Geltung des röm. Rechts (Nr. 1d), oder von der „in complexu-Aufnahme", oder von einer (dem Gewohnheitsrecht entgegengestellten) Geltung als „Juristenrecht", noch gar nichts zu machen ist. Es kommt darauf an, ob die factische Seite dieser Rechtsspecies in den modernen Verhältnissen Volkssitte geworden ist. Wenn auch noch so deut-

22) Und zwar hier auch mit den weiteren Consequenzen, wie z. B. Anwendung des Rechtssatzes: **hereditas non adita non transmittitur** (s. oben Ziff. 35. A. 98.). Seuffert's Archiv XVI. Nr. 103. S. 178. (Anders, aber nicht zu billigen, Ebend. XXII. Nr. 248.).

Digitized by Google

lich im Corp. iur. ſtand, man müſſe zum Erbſchaftserwerbe vor dem Richter in beſtimmter Friſt erſcheinen, ſofern die Deutſchen es eben doch nie gethan haben, ſo fehlt der factiſche Boden, um hier das römiſche Rechtsinſtitut als zur directen Geltung gelangt annehmen zu können, und alle allgemeine Präſumtion von der Geſammtaufnahme des römiſchen Rechts vermag uns nicht zum Ziele zu führen. Wir müſſen eben conſtatiren, was hier Stück unſeres nationalen auf dem nothwendigen Boden der betreffenden factiſchen Unterlage ruhenden Rechtes geworden ſei[23]). Wenn alſo viele Juriſten, auf dem bequemen Ruhekiſſen der „in complexu-Annahme", der heutigen Geltung der prätoriſchen Agnition vor dem Richter in beſtimmter Friſt das Wort geredet haben[24]), ſo fehlt ihnen der erforderliche factiſche Boden. Daß nämlich in der That die Deutſchen dieſe Form der Handlung nicht in ſich aufgenommen haben, iſt aus

23) Windſcheid P. §. 10. A. 4. ſagt: „die Juriſten haben Hand an's Werk gelegt, die Sätze des Corpus Juris zu ſichten, das Fremdartige auszuſtoßen, das Homogene in das Gefüge des nationalen Rechtes einzuarbeiten, kurz das römiſche Recht aus einem fremden zu einem deutſchen zu machen". Wenn es ſtatt der letzteren Worte hieße: „das römiſche R., in wie weit es ein deutſches geworden, nachzuweiſen", ſo würde ich ganz beiſtimmen.

24) Auf einige ſolche, den wirklichen Gang der Rechtsentwicklung völlig ignorirende Juriſten geſtützt, hat denn auch in der That noch in neuerer Zeit ein oberſtrichterliches Erkenntniß (Caſſel) für das Erbrecht der Ehegatten die Nothwendigkeit des Erwerbes innerhalb 100 Tagen vor Gericht angenommen; Seuffert, Arch. IX. Nr. 313. S. dagegen die Nachſchrift ebendaſ. S. 412.

Digitized by Google

dem in meiner Bon. Poss. dargelegten Material, insbesondere den deutschen Stadt- und Landrechten, mit Sicherheit zu ersehen. Eine stattliche Reihe schärfer blickender Juristen, wie ich sie in dem 1. Bande dieser Serie S. 20—27. zusammengestellt habe, hat denn auch die richtige Sachlage seit lange erkannt.

59. Nachdem jetzt der Punkt von der gemeinrechtlichen Geltung des Instituts der b. p. festgestellt worden ist, bedarf es noch der Untersuchung einer für unsere heutigen Rechtszustände besonders wichtigen Frage, auf die ich schon Bd. 1. dieser Serie S. 37. 38. hinwies. Es ist nöthig, die dogmatischen Grundgedanken[25]), die durch das Institut der b. p. in seiner Verschmelzung mit der hereditas dem römischen und damit unserem heutigen gemeinen Rechte gewonnen worden sind, sich zu vergegenwärtigen, und zu prüfen, wie weit sie sich in unsere modernen Gesetzgebungen, also insbesondere den Code Napoléon, das preußische Landrecht, das österreichische und sächsische Gesetzbuch herübergezogen haben, oder umgekehrt durch andere, namentlich germanischrechtliche, Anschauungen verdrängt worden sind[26]).

Die Grundgedanken, welche das Zusammenfließen von hereditas und b. p. für unser heutiges Recht in sich trägt, lassen sich in folgende kurze Sätze zusammenfassen.

1) Es muß die freie Willenshandlung (Antretung)

25) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 454—464.

26) Auf diese Seite der Frage habe ich in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 453. A. 4. nur hingedeutet, zum Theil auch in nicht richtiger Weise.

Digitized by Google

des berufenen Erben, der in Folge des Begriffs der U. S. an sich auch alle Schulden des Erblassers übernimmt, stattfinden, damit der Zustand des Erbegewordenseins eintrete. Daher Scheidung der Begriffe von Delation und Acquisition.

2) Die Delation erfolgt in einer Aufeinanderfolge der Klassen, möglicherweise auch noch wieder innerhalb einer Klasse Aufeinanderfolge der Grade.

3) Der petitorische Schutz des erworbenen Erbrechts ist für alle Arten von Erben durch die hereditatis petitio oder successionis vindicatio gewährt. Sie macht ius inter partes, enthält also für jeden dabei Unbetheiligten keinerlei Präclusion, sein etwa besseres Erbrecht noch wieder durch her. petitio geltend zu machen.

4) Wer gegen den Berufenen aus der Erbschaft Rechte geltend zu machen gedenkt (insbes. die Gläubiger), kann auftreten und den Berufenen zur Entscheidung über die Antretung oder Ausschlagung durch Setzung eines spatium deliberandi[21]) drängen.

5) Die Erbschaftsgläubiger, denen das in der U. S. liegende Princip der Confusion der Massen gefahrdrohend erscheint, können auftreten und sich durch das benef. separationis sichern.

6) Der Erbe, dem das Princip der Confusion der Massen dadurch, daß er über den Bestand der Erbschaft hinaus für die erblasserischen Schulden haftet, gefahrdrohend erscheint, kann sich durch das ihm gebotene beneficium inventarii sichern.

7) Um bequemerer Stellung des Berufenen willen

27) Ueber die Zusammenhänge dieses Instituts mit der b. p. s. meine Bon. Poss. II. 1. S. 319 ff.

Digitized by Google

ist ihm auch die Möglichkeit der „Antretung im Voraus" (inter alienam vicem) gegeben.

8) Noch weitergehend ist bei dem ohne Entscheid der Erwerbsfrage eingetretenen Wegfall des Berufenen unter gewissen genauer bestimmten Voraussetzungen an seiner Statt Anderen, namentlich seinen Erben, die Möglichkeit des Erbrechtserwerbes offen gehalten. Insbesondere mit der b. p. stehen in dieser Hinsicht in Zusammenhang die (in sich getrennten) Transmissionen wegen eines Restitutionsgrundes und wegen rechtlichen Erwerbshindernisses [28]).

9) Schon behuf Durchführung solcher Transmission hat das röm. Recht den Begriff provisioneller b. possessiones verwendet, ein Begriff, der im Uebrigen in Anknüpfung an die alte b. p. sine re noch in einer Reihe anderweiter singulärer Fälle Gestaltung gewonnen hat, deren weitschichtiges Material theils im §. 1604. theils noch später zur Darstellung kommen wird.

10) Das römische Recht hat für die ordinären Erbklassen das Int. quor. bon. als ein possessorisches, der her. pet. möglicherweise vorauszuschiebendes, Rechtsmittel auf einstweilige Einweisung in den Besitz der

28) Man kann zugeben, daß die Gestalt, welche in dieser Hinsicht das gemeine römische Recht darbietet, der Gesetzgebung Grund zur Nachbesserung darbietet. Ob aber damit das in neuerer Zeit hervortretende Drängen nach schrankenloser Gestattung der Transmission (Ziff. 42. A. 73.) [wodurch dann das Princip der successio ordinum et graduum, und also der Anspruch der dem ersten Erblasser Nahestehenden um ebensoweit zurückgedrängt wird], legislativ zu rechtfertigen sei, unterliegt manchen Bedenken.

Digitized by Google

corpora hereditaria festgehalten. Dies Rechtsmittel ist, wie alsbald im §. 1602. weiter gezeigt werden wird, durch deutsches Gewohnheitsrecht (unter Mitwirkung gewisser selbständig germanischer Rechtsgedanken) mit der für die testamentarische Successsion noch bestehenden missio Hadriana zu dem Rechtsinstitute des „Einsatzes" zusammengeschmolzen worden. Darin also liegt: wer aus besonderen Gründen, abgesehen von der definitiven Erledigung der Erbrechtsfrage in der her. petitio, bereits eine interimistische richterliche Feststellung wünscht, kann, gestützt auf gewisse Wahrscheinlichkeitsbeweise, sich durch Erlangung der Einsetzung in den Besitz der Erbschaftssachen sichern.

Alle diese einzelnen Sätze ruhen schließlich auf einem einzigen Grundgedanken: dem Individuum sind durch das positive Recht in sorgfältig überlegter und durch die Erfahrung geläuterter Weise nach den verschiedensten Seiten hin die Wege geöffnet, um seine Interessen zu verfolgen und gegen Nachtheile durch Schutzmittel sich zu sichern. Aber das positive Recht bietet nur dar, es überläßt im Uebrigen dem Willen des Individuums, für sich zu sorgen. Selbst mag der Einzelne antreten oder ausschlagen, petitorisch oder possessorisch klagen, gegen drohenden Schaden gewisse Beneficien in Anspruch nehmen. Das röm. gemeine Recht steht auf dem Standpunkt der Individualfreiheit, es läßt dem voluntaren Element überall den Vortritt: Jeder möge seine Interessen wahrnehmen. Hat er es in unzweckmäßiger Weise gethan, so hat er den Nachtheil sich selbst zuzuschreiben; iura vigilantibus sunt scripta.

60. Von ganz anderen Gesichtspunkten geht das

Digitized by Google

auf germanischrechtlichen Grundlagen ruhende französische Recht aus[29]).

1) Erben im eigentlichen Sinn sind nach älterem germanischen Recht, in den coutumes, und im Code civil (art. 724: „héritiers legitimes") die ehelichen Blutsfreunde des Erblassers (in der Seitenlinie nach dem Code: bis zum 12. Grade)[30]).

a) An den Liegenschaften hat man im älteren Recht eine Gewere, welche die sämmtliche auf dem Grund und Boden vorhandene Fahrniß mitumfaßt. Beim Tode des Inhabers der Gewere ging dieselbe von selbst (ipso iure d. h. ohne Erbantretung) auf des bisherigen Inhabers nächste Anverwandten über (mortuus saisit vivum; le mort saisit le vif; der Todte erbt den Lebendigen d. h. er vererbt seine Gewere auf den Lebenden). Dieser ipso iure-Uebergang ist auch in der Vererbung des Code festgehalten. Art. 724: les héritiers legitimes *sont saisis* de plein droit[31]).

b) Dem Erben, indem er mit des Erblassers Tode die juristische Gewere an den sämmtlichen Liegenschaften erhält (saisina iuris tantummodo et non facti), steht es damit frei, sich eigenmächtig in den Be-

29) Vorzugsweise ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf die treffliche Untersuchung von Renaud in der crit. Zeitschr. für R.W. u. Gesetzg. des Auslandes (1847. 1848.) Bd. 19. S. 99—137; S. 279—305; S. 376—412; Bd. 20. S. 55—83. — Vgl. ferner Zachariä (Anschütz) Handb. des franz. Civilr. IV. (5. Aufl. 1853.) §. 589.

30) Renaud 19. S. 124. 282. 406.

31) Renaud 19. S. 104. 108. 109. 113. 407. Zachariä (Anschütz) §. 595.

Digitized by Google

sitz (die „hebbende Gewere") zu setzen. Hat ein Anderer sich in Besitz gesetzt, so kann der Erbe, den Jener hinderte, eine sofortige Einweisung durch den Richter verlangen, und etwaige Einwendungen dagegen müssen, nachdem der Erbe in den Besitz eingewiesen worden, auf dem Klagwege geltend gemacht werden [32]). Allmälig entwickelte sich, wohl unter dem Einflusse des römischen Rechts, die Anschauung, daß die Nachlassenschaft eine einheitliche Sachgesammtheit sei, an der die juristische Gewere übergehe, selbst wenn in ihr bloß Fahrniß enthalten wäre. Und ferner gestaltete sich der deutsche Rechtsgedanke: daß der Erbe zunächst in den Besitz der Erbschaftsliegenschaften gelangen konnte und sich dann der vom Erben ausgewiesene Besitzer „des Gutes mit Urtheilen unterwinden" mußte, — mit der Zeit in die römischrechtlichen Klagformeln um. Man sagte danach: α) es geht mit dem Tode des Erblassers nicht bloß sein Eigenthum, sondern auch sein Besitz von selbst auf den Erben über. Zunächst ist das nur fingirter Besitz, aber man erklärte daraus nun die Befugniß des Erben, sich eigenmächtig in den wirklichen Besitz der Hinterlassenschaft zu setzen [33]). β) Findet sich aber die Hinterlassenschaft schon anderweitig in Besitz genommen, so kann sich unter Ausweisung des Gegners der Erbe innerhalb Jahr und Tag possessorisch in den Besitz weisen lassen. Das Rechtsmittel heißt die: complainte en saisine et nouvelleté. Es wird, da ja der Besitz als ipso iure auf den Erben herübergegangen fingirt wird, als Schutz im schon vorhandenen Besitz, also als Interdictum *retinendae* possessionis (Interdictum uti

32) Renaud 19. S. 116. 117.
33) Renaud 19. S. 128—131.

Digitized by Google

possidetis) behandelt. „Die römischen remedia adipiscendae possessionis waren an zu beschränkte Voraussetzungen gebunden, als daß sie hier hätten zur Anwendung kommen können". Die complainte war aber, wenn auch der Form nach ein interdictum retinendae possessionis, doch „der Sache nach ein interdictum adipiscendae possessionis" (quorum bonorum) [34]). — Auf dieser Rechtsgrundlage ruht noch das gegenwärtige Recht des Code: der Besitz geht durch Fiction unmittelbar auf den Erben über, jeder Hinderungsact in seiner Ergreifung des wirklichen Besitzes gilt als Besitzstörung (trouble), und gewährt dem Erben (jetzt innerhalb eines Jahres) die action possessoire [35]).

c) Auch das Recht an der Erbschaft geht in Folge der Regel „le mort saisit le vif" von selbst über. Code civ. art. 724: les héritiers legitimes sont saisis *de plein droit* des biens, droits et actions du defunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. Es bedarf für den Erwerb des Erbrechts keiner Antretungshandlung [36]). — *a*) Die deutsche Rechtsanschauung des nicht wirklich-juristischen Uebergehens der erblasserischen Schulden auf den Erben „scheint in Frankreich schon früh durch den Einfluß des römischen Rechts modificirt, und das Prin-

34) Renaud 19. S. 132—137. S. 279.

35) Renaud 19. S. 407—412. Zachariä (Anschütz) §. 609.

36) Diese hatte ich unrichtig in meiner Bon. Poss. II. 2. §. 188. A. 4. für nöthig gehalten. Vgl. auch Renaud 19. S. 412. A. **. — Bad. L.R. §. 724: „die gesetzlichen Erben treten in Besitz und Gewähr der Güter, Rechte und Forderungen des Verstorbenen kraft Gesetzes".

Digitized by Google

cip der Universalsuccession, wiewohl nicht ohne Ausnahmen, daselbst gemeinen Rechtens geworden zu sein“[37]). β) Daneben aber blieb man doch dabei, daß die Fortführung der fremden Persönlichkeit keine Sache des Zwangs sei: „il n'est héritier qui ne veut“. Nur gestaltet sich in Folge des ipso iure-Ueberganges Alles zu anderer juristischer Bedeutung, wie im röm. R. Die Ausschlagung der Erbschaft (repudier) ist nicht: Nichtannahme, sondern: Wiederaufgabe des schon erworbenen Erbrechts. Die Acceptation der Erbschaft (sei sie eine besondere Erklärung, sei sie pro herede gestio, „faire acte d'héritier“) ist nicht: Erwerb, sondern nur Bestätigung des bereits ipso iure Eingetretenen in dem Sinn, daß fortan nun auch die Ausschlagung unmöglich ist, also: Irrevocabelmachen[38]). Jene Ausschlagung dagegen stellt auch nach dem Code den Erben, als wenn er nie Erbe geworden wäre; sie nimmt ihm alle Rechte und enthebt ihn aller Pflichten aus dem Erbewerden (art. 775. 785). Aber sie ist nur eine gesetzliche Vergünstigung für eine gewisse Zeit gegenüber der gesetzlich zunächst eingetretenen Sachlage. Durch Ablauf der Zeit (30 Jahre von der Erbschaftseröffnung an) wird der Erwerb wie durch die Acceptation irrevocabel (art. 789 und 2262)[39]). Innerhalb dieser Zeit von 30 Jahren (nicht mehr aber nachher) kann sich der Erbe durch Benützung des beneficium inventarii innerhalb be-

37) Renaud 19. S. 293. 412.

38) Renaud 19. S. 294. 295; Zachariä (Anschütz) §. 610. 611. 613. — Ueber die Versuche, die römische Lehre von der Delation, und dem Erwerbe erst durch die Antretung, auch in Frankreich heimisch zu machen, Renaud S. 296 ff.

39) Renaud 20. S. 64.

Digitized by Google

stimmter Frist [3 Mon. 40 Tage, die aber leicht verlängert wird, und ohne die man auch sonst noch, bis zu einer etwaigen Anerkennung des heritier pur et simple (art. 800.) durch richterliches Urtheil, unter dem Inventarsbenefiz annehmen kann] die Vortheile des Beneficium, insbesondere die beschränkte Haftung für die Schulden, verschaffen. Aber damit hat er dann auch für den ferneren Rest der 30 Jahre sich der Befugniß zur Erbschaftsausschlagung entäußert [40]). — *y*) Mit dem Momente des ipso iure Anfalls hat der Erbe die (übrigens im Code kaum erwähnte, art. 137) petitorische Erbschaftsklage [41]). Umgekehrt von demselben Momente an können die Gläubiger [während nach röm. Recht sie den Berufenen zunächst nur zu einem spatium deliberandi zu drängen vermögen] gegen den Erben, der noch nicht rechtsgültig ausgeschlagen, sogleich klagen. Der Erbe haftet ihnen an sich auch über den Bestand der Masse hinaus [42]), er kann aber vor der ersten Verurtheilung, nach dem eben Bemerkten, innerhalb der 30 Jahre, noch zum beneficium inventarii greifen.

2) Geschieden von den „legitimen Erben" sind die Erbfolger im eng. S. oder Erbnehmer. Hinterläßt der Erblasser keinen Erben im techn. S., so tritt zunächst rücksichtlich der Gewere nach älterem Recht das Gericht der belegenen Sache an die Stelle [43]). Wer also überhaupt noch Erbansprüche hat, an den fällt doch

40) Renaud 20. S. 65. Zachariä (Anschütz) §. 612. 614. 619.

41) Renaud 19. S. 290. — 20. S. 55. Zachariä (Anschütz) §. 616.

42) Renaud 19. S. 298. — S. 412. Zachariä (Anschütz) §. 617.

43) Renaud 19. S. 393.

Digitized by Google

jedenfalls nicht die saisina. Solcher Erbfolger sind schon nach dem Rechte vor dem Code: a) die Bastarden (anerkannten unehelichen Kinder), deren Recht dann auch der Code, art. 756—758. anerkannt hat. Sie können sowohl neben Erben, auf die die saisine übergegangen ist, und denen gegenüber sie dann ihr Recht geltend machen [der genauere juristische Charakter dieser Geltendmachung ist sehr bestritten], vorkommen, als auch ohne das Vorhandensein von Erben. Im letzteren Fall muß das uneheliche Kind vom Gericht (nicht mehr, wie früher, dem Gericht der belegenen Sache, sondern des letzten Wohnorts des Erblassers) sich in den Besitz der gesammten Verlassenschaft einweisen lassen. Treten hinterdrein (auch nach Ablauf des nächsten Triennium) doch noch Erben auf, so haben sie gegen den Eingewiesenen die her. petitio. Wir haben hier also, obgleich auf ganz deutschrechtlicher Grundlage erwachsen, doch eine der alten *b. p. sine re* durchaus gleichartige Rechtseinrichtung (art. 770. 773). Der vom Gericht Eingewiesene haftet als Universalsuccessor auch über den Bestand der Erbmasse hinaus, wofern er nicht die Vorschriften des art. 769. befolgt [44]). — b) Der überlebende Ehegatte, in Ermangelung von Erben. Dies ist das, schon vor dem Code in dem pays de droit écrit anerkannte, und vom Code für ganz Frankreich zugelassene Recht der *b. p. unde vir et uxor* (art. 767. 770). Auch hier muß eine Einweisung des Richters in den Besitz stattfinden, auch hier ist hinterdrein eine hereditatis peti-

44) Renaud 19. S. 377; 20. S. 66—70, S. 82. Zachariä (Anschütz) §. 638. 640. Unger, Verlassenschaftsabhandl. in Oesterr. S. 33—38.

Digitized by Google

tio des doch noch auftretenden Erben denkbar. So trifft also im Code für diesen Punkt das aus germanischen Rechtsideen Erwachsene und das römische Recht der b. p. in derselben Rechtseinrichtung zusammen [45]). — c) Hinter den Ehegatten stellt der Code den Staat, der ebenso wie der Ehegatte den Richter um Besitzeinweisung angehen muß (art. 723. 724. 768. 770). Also auch hier hat noch heutzutage das Gericht die (wenn auch nicht mehr nutzbringende) saisina des Nachlasses, in Folge deren das Gericht, nach Ablauf der für die Besitzeinweisung der Erbfolger gesetzten Frist, der „ledigen Erbschaft" einen Curator setzt (art. 811). Der Curator regulirt nun den Nachlaß, liefert den reinen Rest an eine bestimmte Staatskasse ab, an die sich binnen der ordentlichen Verjährungsfrist hinterdrein auftretende Erben oder Erbfolger noch immer halten können [46]).

3) Testamente hatten, zur Zeit der coutumes, in den Ländern des geschriebenen Rechtes und einigen Theilen der Länder des Gewohnheitsrechts die Bedeutung, daß der Eingesetzte als „Erbe" im techn. S. galt, also die saisina auf ihn überging [47]). Dagegen galt im Allgemeinen in den pays de droit coutumier der Satz: institution d'héritier n'a point lieu, d. h. man kann sich nicht durch seinen Willen einen „Erben" im techn. S. setzen (solus deus heredem facere potest non homo). Also dem Eingesetzten fällt nicht die saisina

45) Renaud 19. S. 377; 20. S. 70. 82. Zachariä (Anschütz) §. 640.

46) Renaud 20. S. 70. 81—83. Zachariä (Anschütz) §. 641. 642.

47) Renaud 19. S. 379 ff.

Digitized by Google

zu [48]). Dies letztere Recht hat mit Einer wichtigen Ausnahme der Code adoptirt. Der Code unterscheidet als Inhalt des Testaments die: légataires particuliers, à titre universel und universels. a) Ersteren beiden fällt nie die saisina an ihrem Vermächtniß zu, sie können immer nur die Herausgabe desselben in Anspruch nehmen [49]). — b) Die légataires universels erhalten, wenn der Erblasser „Vorbehaltserben" d. h. eheliche Blutsfreunde der directen Linie hinterläßt, ebenfalls nicht die saisina; sie können nur von den Vorbehaltserben, denen die Gewähr des gesammten Nachlasses zufällt, die Ausantwortung des überhaupt verschenkbaren Vermögens als Erbnehmer verlangen [50]). — c) Die légataires universels dagegen, denen keine (erbfähigen) Blutsfreunde oder doch nur Seitenverwandte des Erblassers gegenüberstehen, erhalten ipso iure mit dessen Tode die saisina mit dem oben dargestellten Inhalt. Art. 1006: le légataire universel *sera saisi de plein droit* par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance. Nur hat sich — eine Anknüpfung an die römische missio Hadriana —, der Universallegatar, wenn das Testament ein „eigenhändiges" oder „mystisches" ist, unter Beobachtung der Vorschriften der art. 1007. 1008. vom betreffenden Gerichtspräsidenten in den Besitz des Nachlasses einweisen zu lassen. Der Präsident decretirt die Einweisung nach Prüfung der Fragen über die Nichtexistenz der Vorbehaltserben, das Vorhandensein

48) Renaud 19. S. 378.
49) Renaud 20. S. 71. 74. 75. Zachariä (Anschütz) §. 711. 716—719.
50) Renaud 20. S. 72. Zachariä (Anschütz) S. 255. 383.

Digitized by Google

des Erbvermächtnisses, die richtige Testamentsdeposition und die äußeren (nicht aber die inneren) Bedingungen der Gültigkeit des Testaments. Diese Besitzeinweisung ändert aber nichts an den Rechten der saisina, sie hat nur die Bedeutung der „Vollziehbarkeitserklärung des Testaments" für die „officiers chargés de l'exercice de l'autorité publique" [51]).

61. Dem französischen Rechte ist das des preußischen Landrechts in den wesentlichen Grundbestimmungen verwandt. Nur ist der Unterschied, daß (hier im Erbrechte) den Code mehr das Festhalten am historisch gegebenen Rechtsboden des pays de droit coutumier charakterisirt, während das preußische Recht vorzugsweise das Product des nach Utilitäten decretirenden gesetzgeberischen Beliebens ist [52]).

1) Auch das Preußische Recht [in dem „das R.R. nur in einzelnen Sätzen beibehalten, im Ganzen aber so sehr modificirt worden, daß nur mit großer Vorsicht daraus Belehrung zu holen ist" [53])] steht auf dem Grundprincip, daß der Erbe im Moment der Erbschaftseröffnung von Rechtswegen (ipso iure) an die Stelle des Erblassers tritt [54]). Gegenstand des Anfalls ist auch hier, wie im franzöſ. R., die aus dem röm. entnommene Universalsuccession, also an sich tritt

51) Renaud 20. S. 72. 73. Zachariä (Anschütz) S. 382.

52) Ich werde im Folgenden, da natürlich eine eingehende Darstellung hier nicht am Ort ist, mehrfach nur die critisirenden Urtheile des bewährten Kenners des preußischen Rechtes, Koch, anführen.

53) Koch Lehrb. des Preuß. gem. Pr.R. (3. Aufl. 1858.) II. S. 716.

54) A.L.R. I. 9. §. 367. 368. Koch S. 717.

Digitized by Google

auch Uebergang der erblasserischen Schulden über den Bestand der Masse ein [55]). Der bedeutende Unterschied von dem französ. R. der „Erben" im techn. S. ist aber, daß im ipso iure-Uebergang [der nicht aus dem röm. R. der sui heredes, sondern aus dem deutschrechtlichen Satz: le mort saisit le vif abzuleiten ist] nicht zugleich der (fingirte) Uebergang des Besitzes liegt; es muß vielmehr der Besitz vom Erben erst factisch ergriffen werden [56]).

2) Der römische Erbe übernimmt alle Schulden des Erblassers, wird aber deßhalb (abgesehen vom suus heres) nicht Erbe vor seiner Antretungshandlung. Nach deutschem Recht „war der Erbe gegen die schädlichen Folgen, welche die deutschrechtliche Erbschaftserwerbung mit der röm. Personeneinheit unabwendbar haben würde, durch einen anderen Grundsatz des alten Rechts völlig gesichert, durch den nämlich: daß der Erbe nicht mit seinem Vermögen, selbst nicht einmal unbedingt mit dem Ererbten, für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftete" [57]).

Also gesunde Schlußfolgerung fordert: entweder Un. Succ. — dann aber Erbantretungsrecht: oder ipso iure-Anfall — dann aber keine Personeneinheit mit vollem Schuldenübergang [58]). Wo daher, seit dem

55) Koch §. 810. §. 872. A.L.R. I. 9. §. 418. 419.

56) Koch S. 717. A. 5; S. 833. A. 1; S. 850. A. 4. 5. Hier treten also in Betreff der Besitzesklagen ganz entgegengesetzte Consequenzen ein, als bei der französischen complainte. Seuffert's Arch. III. Nr. 348.

57) Koch S. 833.

58) Koch S. 833: „mit diesem deutschrechtlichen Grundsatze ist der römische Grundsatz von der Einheit der

Digitized by Google

größeren Hervortreten des Schuldenwesens, das deutsche Recht consequent fortgebildet worden ist, hat es zu dem Satze der von vorn herein gesetzlich nur beschränkten Schuldenhaftung geführt. Koch S. 834: „dieser Grundsatz hat sich in manchen Particularrechten wenigstens in so fern erhalten, als der Erbe, ganz abgesehen von dem röm. beneficium inventarii, nicht mit eigenem Vermögen für die Schulden des Erblassers haftet und sich durch eidlich zu bestärkende Specification der Verlassenschaft und der schon bezahlten Schulden zu jeder Zeit von dem Anspruche eines Erbschaftsgläubigers freimachen kann" (s. unten das sächs. G.B.).

3) Wie im französischen Recht der Satz gilt: il n'est héritier qui ne veut, so erkennt auch das preußische Recht an, daß der ipso iure-Anfall keinen Zwang enthalten soll. Dem Erben steht die Ausschlagung frei [59]) (Entsagung); sie muß schriftlich und innerhalb der Ueberlegungsfrist geschehen; sie ist unwiderruflich. Da der Anfall schon ipso iure erfolgt ist, so bedeutet sie, wie im franz. R., Wiederaufgabe des schon erworbenen Erbrechts. Und umgekehrt eine besondere Antretungshandlung (ausdrückliche Erklärung vor dem Erb-

Person des Erben und des Erblassers in dem Sinne, daß der Erbe den Erblasser auch in dem Verhältnisse der Gläubiger zu ihm vorstelle, unvereinbar". S. 718: „das ganze landrechtliche Erbrecht ist unlogisch, aus sich einander ausschließenden Grundsätzen zusammengefügt". Vgl. auch Unger, Syst. des Oesterr. Pr.R. VI. §. 42. A. 2. Gruchot, Beitr. z. Erl. des Preuß. R. I. (1857.) S. 172. 173.

59) Koch §. 811. u. S. 834. 835. A.L.R. I. 9. §. 398—400. 411. 412.

Digitized by Google

schaftsrichter oder Immixtion) hat nur die Bedeutung der, eine Entsagung fortan unmöglich machenden, Bestätigung des schon Bestehenden [60]). Auch hier steht, wie im französ. R., der Antretungshandlung der unbenutzte Fristenablauf gleich, nur ist wegen der Kürze der Fristen der Effect strenger. Es wird nämlich durch bloßes Stillschweigen bis zum Ablauf der Ueberlegungsfrist (regelmäßig 6 Wochen vom Tage der erlangten Wissenschaft vom Erbanfall) die Wirkung der Antretung herbeigeführt. An sich gilt dies als Annahme mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars. Aber nun ist in 6 Mon. das Inventar in gehöriger Form zu errichten, und der unbenutzte Ablauf dieser Frist macht, auch wo gar kein Activvermögen nachgelassen wurde, ipso iure der Rechtswohlthat verlustig und zum Erben

60) Vgl. Unger, die Verlassenschaftsabh. in Oesterr. S. 22. — In Betreff des Umstandes, daß nach röm. R. die Antretungshandlung die Folge des Begriffs der Un. Succ. ist (was Koch an sich durchaus richtig erkennt s. A. 58.), mischt Koch an einer anderen Stelle S. 718. einen Irrthum ein. Er meint, die Antretungsvorschrift erkläre sich daraus, daß im röm. R. alle Erbfolge sich auf den wirklichen oder vermuthlichen Willen des Erblassers stütze: „es tritt der Berufene nicht schon von Rechtswegen in die Stelle des Erblassers, sondern erst vermöge seiner beistimmenden Erklärung (seines Antritts), weil der Antrag des Erblassers, nach den Grundsätzen von übertragenden Willenshandlungen, acceptirt werden muß, um die beabsichtigte Wirkung zu haben. Die Erwerbung ipso iure ist sonach im Pr. R. nicht folgerecht". — Diese Anschauung ist dem röm. R. völlig fremd. Vgl. auch Unger, Syst. des Oesterr. Pr.R. VI. (2. Aufl.) §. 4. A. 1. §. 30. [s. übrigens auch oben Ziff. 23. A. 70].

Digitized by Google

ohne Vorbehalt. Also das Gesetz macht den ganz Unthätigen zum Erben und weiter den, etwa wegen alles Mangels an Activen, die ganze Angelegenheit Ignorirenden nach Ablauf der Fristen zum Zahlungspflichtigen für alle Schulden des Erblassers [61]).

4) Da das Erbrecht ipso iure anfällt, giebt es keine Aufeinanderfolge der Berufungen wie im röm. R. Andererseits aber sind die Klassen doch anders hinter-

61) Koch S. 834. 835. 838. 839. A.L.R. I. 9. §. 420. 421. — §. 423. 424. 427. Gruchot a. a. O. S. 174. — Randa, Erwerb der Erbsch. nach Oesterr. R. S. 20: „der Grundsatz, daß der Erbe mit dem Ablauf der gesetzlichen Frist ipso iure als unbedingter Erbe zu betrachten ist, auch wenn er gar nicht den Willen hat, Erbe zu sein und daher jede Verfügung über den Nachlaß sorgfältig vermeidet, enthält, wie Gruchot sehr richtig bemerkt, eine ungerechtfertigte Härte gegen den Erben im Interesse der vielleicht eben so unthätig gebliebenen Erbschaftsgläubiger, eine Härte, die sich in ihrer vollen Blöße in dem Falle zeigt, wenn der Verstorbene nichts hinterlassen hat, hiermit nach volksthümlicher Auffassung ein Anlaß zur Inventarsvorlegung gar nicht vorliegt. — Koch, Preuß. Erbr. (1867.) S. 135: „das Volk hat dafür kein Verständniß, daß es nicht genüge, von einer eröffneten schlechten Erbschaft seine Hände zu lassen, um keine Verbindlichkeit auf sich zu laden; es meint, daß hiezu eine Einmischung nothwendig sei. . . Wenn es dann zu spät erfährt, daß es gerade dadurch in die Falle gegangen sei, und nun alle Schulden des vielleicht kaum gekannten Verst. bezahlen müsse, so darf es nicht Wunder nehmen, wenn harmlose Leute an der menschlichen Gerechtigkeit ihren Glauben verlieren. Das Princip der Erbschaftserwerbung von Rechtswegen ... ist nur mit der deutschen Nachlaßspecification, die an keine Frist gebunden ist, vereinbar.

Digitized by Google

einandergestellt als im französ. Recht, welches beim Vorhandensein von Notherben der directen Linie dem im Testament universell Instituirten gar keine technische Erbenstellung einräumt, und andererseits (abgesehen vom besonderen Fall des universell Instituirten beim Nichtvorhandensein von Notherben) allen testamentarisch Berechtigten nur ein Ausantwortungsrecht gegen den Verpflichteten gewährt. Im preuß. R. dagegen stehen die einzelnen Klassen — insbesondere zunächst die fünf Klassen der ordentlichen Intestaterbfolge [Descendenten; Vater und Mutter [62]); vollb. Geschwister und deren Descendenten; halbb. Geschwister, deren Descendenten und entferntere Ascendenten; übrige Verwandten]; sodann wieder das Testament, soweit es zum Ganzen berechtigt, vor der Intestatsuccession; und die nothwendige Erbfolge, so weit sie das Testament verdrängt, vor der testamentarischen Erbfolge, — in der Weise eine vor der anderen, daß alle überhaupt Berechtigten ipso iure im Moment des Todes ihr Recht, unter der Bedingung

62) Koch S. 809: „die preußische Rangordnung gründet sich auf kein dergleichen Princip, sondern auf das Gefühl der Redactoren; denn diese wollten nur den präsumtiven Willen des Erblassers ergänzen, und diesen Willen vermutheten sie aus dem Grade der Liebe des Erblassers zu seinen verschiedenen Verwandten. Da jedoch, je nach dem Gefühl der einzelnen, die Ansichten über die Größe der Liebe zu dem einen oder dem anderen sehr verschieden sein können: so ist in der That nur nach dem Gefühle der Verfasser des A.L.R. die Rangordnung bestimmt worden. — Darauf ganz allein beruht es, daß Vater und Mutter die Geschwister ausschließen; denn man „müsse vermuthen, daß er seine Eltern mehr als seine Geschwister geliebt habe". —

Digitized by Google

des Nichtwollens oder -Könnens des Vorstehenden, erworben haben [63]).

5) Außer der ordentlichen kennt das L. R. noch das Recht der „außerordentlichen Intestatsuccession". Dies haben der überlebende Ehegatte, gewisse nichtlegitime Verwandte, gewisse Pfleger, und endlich der Fiscus. Das Recht des Ehegatten ist zum Theil aus der *b. p. unde vir et uxor* hervorgegangen. Es geht (abgesehen von dem Fall der Gütergemeinschaft bei unabgefundenen Kindern) bei Concurrenz mit Descendenten auf Kindestheil bis zum Viertel; bei Concurrenz mit Ascendenten Geschwistern und deren Kindern ersten Grades, auf ein Drittel; bei Concurrenz mit anderen Verwandten innerhalb des sechsten Grades, auf die Hälfte; beim Vorhandensein entfernterer Verwandter oder beim Nichtvorhandensein derselben auf das Ganze. „Auch die Bestimmung, daß der Ehegatte die über den sechsten Grad entfernten Verwandten ausschließt, erinnert an die Berufung unde vir et uxor, welche eintrat, wenn beide [keine] Cognaten innerhalb des sechsten Grades (mit zwei Ausnahmen aus dem siebenten) vorhanden waren" (Koch S. 814). — Was endlich das Recht auf die erblosen Güter betrifft, so ist auch hier zunächst, wie im franz. R., der Satz maßgebend gewesen, daß „solche Güter an die Gerichtsobrigkeiten fielen, indem der Richter die Erbschaften, wozu sich kein Erbe einfand, in seine Gewahrsam nahm, was auch nach heutigem Rechte geschieht. Das Einschreiten des Richters beruht also auf deutscher Rechtsanschauung" [64]). Dazu kam dann das

63) Koch S. 719. 808. 809. A.L.R. I. 9. §. 367—370. 406.

64) Koch S. 821. A.L.R. I. 9. §. 460. — Unger, die Verlassenschaftsabhandl. in Oesterr. S. 19.

Digitized by Google

aus dem römischen Recht adoptirte Recht des Fiscus [65]), woneben sich aber viele Städte ihr Recht, die Erbschaft, wenn sich kein Erbe meldet, als Gerichtsobrigkeit zu behalten, bis auf die Jetztzeit bewahrt haben [66]). Vom selben Gesichtspunkte ausgehend sind also französisches und preußisches Recht verschiedene Wege gegangen. Dort noch heutzutage allgemeine (wenn auch nicht mehr nutzbringende) saisina der Gerichtsobrigkeit auch im Gegensatz zum Staat; hier dagegen an manchen Orten den Staat ausschließende nutzbringende Gewere der Gerichtsobrigkeit. Ueberhaupt aber enthält diese außerordentliche Intestatsuccession nicht, wie im franz. R., ein vom eigentlichen Erbrecht geschiedenes beschränkteres Erbfolgerecht, sondern ist im pr. L.R. als wirkliches Erbrecht anerkannt.

6) Nach dem Bisherigen ist im Pr. R. in allen wesentlichen Punkten das Legalitätsprincip zur Durchführung gekommen. Alles vollzieht sich von selbst oder kann sich wenigstens von selbst vollziehen. Ipso iure wird man Erbe; ipso iure und retrotractiv vernichtet sich das im Vorstehen des wegfallenden Näherberechtigten dem Nachstehenden gegebene Hinderniß; ipso iure durch Ablauf der Ueberlegungsfrist kann man Vorbehaltserbe werden; ipso iure durch Ablauf der Inventarsfrist wird man Erbe ohne Vorbehalt. — Zu diesem Element kommt nun aber im Pr. L. R. noch ein anderes, altdeutschen Ursprungs. Es enthält das judicielle Eingreifen in die Regulirung der Erbangelegenheiten. Es ruht dies auf dem alten Grundgedanken, daß beim Tode des Menschen der Richter es

65) A.L.R. II. 16. §. 1027.
66) Koch S. 821. A. 5.

Digitized by Google

ist, der den Erben, dem Hindernisse bei der Besitzergreifung entgegentreten, in den Besitz einsetzt; daß der Richter, beim Nichtauftreten eines Erben, als Selbstinhaber der Gewere dasteht und danach auch die Erbschaft in sein Gewahrsam nehmen kann. Aus diesem germanischen Rechtselement haben wir in Frankreich die richterliche Besitzeinweisung der Erbfolger hervorgehen sehen. Aus diesem Element ist in Preußen, wo man den Gegensatz der Erben und Erbfolger nicht kennt, das auf alle Erben bezügliche Rechtsinstitut der richterlichen Leitung der Erblegitimation hervorgegangen. — Nach dem römischen gemeinrechtlich bei uns geltenden Recht enthält die richterliche Ausstellung eines Erbzeugnisses lediglich ein auf die Acten gegründetes Attest, das, für die Beweisbarkeit des Erbrechts wichtig, auf die Rechtsstellung des Erben ohne allen Einfluß ist. „Wenn, sagt Koch (S. 842.), der Erbe die Erbschaft angenommen oder behalten zu wollen erklärt hat, ist er noch nicht in der Lage darüber zu verfügen, vielmehr hat er, um dahin zu gelangen, sich erst noch zu legitimiren, ein Erforderniß welches nur [?] dem Pr. R. eigenthümlich ist und auf dem Legalitätsprincip[67]) beruhet, vermöge welches der Richter von Amtswegen[68]) auf die Zuständigkeit der Privatrechte, worüber jemand verfügen will, sehen soll. Nach G. R. und nach anderen europäischen Rechten fragt keine Behörde nach der Legitimation dessen, welcher als Erbe eines Verstorbenen über dessen Verlassenschaft ver-

67) Dies Wort ist hier nicht glücklich gewählt.

68) Auch die Publication der Testamente ist Staatssache, demzufolge der Richter binnen 6 Wochen nach dem Tode von Amtswegen verfahren muß. Koch §. 835. A.L.R. I. 12. §. 216. 217.

Digitized by Google

fügen will, und wer sich als Erbe gerirt, kommt nicht eher in den Fall, sein Erbrecht nachzuweisen, als bis ihm dasselbe bestritten wird und er von der Erbschaftsklage Gebrauch macht oder er sich gegen den Erbanspruch eines Anderen behaupten will. Ganz anders nach Pr. R. Dieses verlangt, daß der Erbprätendent gleichsam die hereditatis petitio mit dem Richter durchmache, indem dieser als Besitzer der Erbschaft auftritt".

Dieses judicielle Element tritt übrigens im Pr. R. doch nicht in seiner denkbar vollsten Ausbildung hervor. a) Es ist dem preußischen Erben (ebenso wie im gemeinen Rechte) gestattet, die Erbschaft selbst in Besitz zu nehmen[69]). Danach kann er denn auch über die beweglichen Sachen verfügen. Aber rücksichtlich der Immobilien, Hypotheken und Gerechtigkeiten kann er keine Dispositionen ohne Mitwirkung des Gerichts vornehmen, und so wird der Erbe, auch wenn der Richter die Erbschaft nicht in Gewahrsam genommen hat, doch

69) A.L.R. I. 12. §. 242. 243. (Vgl. Unger, Verl. Abh. S. 25—29). — Als Rechtsmittel für provisorische Besitzeinweisung sind aus dem röm. Recht nur die missio Hadriana und ventris nomine aufgenommen worden. Koch §. 875. A.L.R. I. 12. §. 244. 245. I. 9. §. 371—381. — Das Int. quor. bon. für Intestaterben als eine Klage auf provisorische Besitzerlangung, wie sie im franz. R. durch die oben dargestellte complainte vertreten wird, giebt es im Pr. R. nicht. Unrichtig sagt in Betreff dieses Int. quor. bon. Koch S. 852: „Außer der (Erbschafts-)Klage und dem im neueren Recht unpractischen interdicto quorum bonorum giebt das R. R. noch für gewisse Fälle provisorische Rechtsmittel".

Digitized by Google

in Betreff dieser Dinge gezwungen, sich auf das Erblegitimationsverfahren einzulassen. b) In gewissen genau bestimmten Fällen dagegen muß der Richter die Verlassenschaft durch Versiegelung und anderweite Anstalten von Amtswegen in sein Gewahrsam und unter Sperre nehmen[70]). Die Aushändigung des Nachlasses erfolgt dann nur an den sich als einzigen und wahren Erben dem Richter (regelmäßig d. Erbschaftsgericht) Ausweisenden[71]). c) Wo überhaupt das Erblegitimationsverfahren stattfindet, da ist der Richter gewissermaßen zugleich Gegner und Urtheilsprecher, was man bei bedenklichen Fällen durch Bestellung eines Nachlaßcurators zum Prozeßgegner vermeidet. Das Erkenntniß, welches nach Erlangung der Rechtskraft den Extrahenten vollständig legitimirt, soll das testamentarische, erbvertragsmäßige, verwandtschaftliche (nächste) Erbrecht feststellen, und geht dahin: „daß alle unbekannten Erben mit ihren Ansprüchen an den Nachlaß zu präcludiren, der Extrahent für den rechtmäßigen Erben zu erachten, ihm als solchem der Nachlaß zur freien Verfügung zu verabfolgen sei“[72]). Weiß man aber von dem Existirthaben anderer näherer oder gleichnaher Erben, so hilft man sich behufs Ausstellung des Erblegitimationsatteste mit Präsumtionen und Eidesleistung der angemeldeten Erben über das Weggefallensein Jener[73]). d) Auf diese

70) Koch S. 842. 843. A.L.R. I. 9. §. 460—462; II. 18. §. 354. 371. Unger, Ver. Abh. S. 30—32.

71) Koch S. 843. A. 7. A.L.R. I. 9. §. 482. 483. 492.

72) Koch S. 844.

73) A.L.R. I. 9. §. 484—493. Koch S. 845. A. 12: „Diese Bestimmung verursacht unendliche Schwierigkeiten und eine große Menge Kosten. . . . Dadurch werden oft Jahre lang die Erben an der Verfügung

Digitized by Google

Weise wird ein gewissermaßen definitives Urtheil gesprochen über die am Verfahren nicht theilnehmenden wirklich näher- oder gleichberechtigten Erben. Meldet sich in der That noch später ein solcher, so steht er dem durch das Erblegitimationsattest in die rechtliche Dispositionsfreiheit über die Erbschaft Gesetzten in der äußeren Erscheinung ähnlich (und doch innerlich so ganz verschieden) gegenüber, wie bei den Römern der heres gegenüber dem b. possessor, dessen *b. p.* durch *her. pet.* zur *sine re* gemacht wurde. Der gegen den durch das Erblegitimationsattest in die Verfügungsfreiheit Eingewiesenen hinterdrein auftretende gleich oder näher berechtigte Erbe ist in seinem Erbrechte durch die aus der judiciellen Autorisation des Gegners hervorgegangene Machtstellung wesentlich gemindert. Er muß alle Handlungen des Erblegitimirten anerkennen, kann von Letzterem Rechnungslegung und Ersatz der gezogenen Nutzung nicht fordern, und hat sich lediglich mit dem vorhandenen Rest zu begnügen[74]). Im Gegensatz zu diesem sine re-Werden des Erblegitimirten geht meistens im Erblegitimationsverfahren selbst der Stoff zu allen wahren hereditatis petitiones unter, aber in noch viel größerer Zahl müssen Erblegitimationsverfahren da, wo ein Stoff zu einer her. pet. gar nicht vorliegen würde, bedeutende Zeit und Geld in Anspruch nehmen[75]). Die Ansprüche Erheben-

über ihre Erbschaft verhindert, und zuletzt wird doch nicht der Bestimmung entsprochen, sondern der Knoten zerhauen".

74) A.L.R. I. 9. §. 494—499. Koch S. 844. 845.

75) Koch S. 844. A. 10: „Das geschieht natürlich alles auf eigene Kosten des Erben. Es wird ihm dadurch

Digitized by Google

den melden sich beim Richter, er entscheidet in präjudicieller Weise über ihr Erbrecht, und fertigt dem bestberechtigt Erscheinenden das Erblegitimationsattest aus. „Weil die Gerichte sich des Erbregulirungswesens und der Gewahrsam der Erbschaften als einer Staatsangelegenheit von Amtswegen bemächtigen, ist in den Erbstreitigkeiten meistentheils nicht zu bestimmen, wer als Kläger und wer als Beklagter anzusehen". Koch S. 853.

62. Im Oesterreichischen Recht besteht, im Gegensatz zum französischen und preußischen Recht, in den Grundlagen zunächst sehr viel mehr Verwandtschaft mit unserem gemeinen römischen Recht.

1) Das Erbrecht [die volle Universalsuccession mit an sich dem gesammten Schuldenübergang[76])] fällt nicht ipso iure zu, sondern wird durch Antretungshandlung erworben. Daher Scheidung zwischen Delation und Acquisition, daher Anerkennung einer successiven Berufung des Nachstehenden im Moment des Wegfallens des Vorberufenen, daher Annahme einer Periode der her. iacens in der Zeit zwischen Delation und Acquisition[77]). Hinter der testamentarischen Berufung [der Notherbe macht immer nur suppletorisch den Pflichttheil geltend] steht, sobald es gewiß ist, daß und wie weit die gewillkürte Erbfolge nicht stattfindet, die Berufung der gesetzlichen Erben. Diese ist gerichtet (in successiver Delation) an die Verwandten in sechs Linien (Parentelen), und [in Anknüpfung an das römische

also, ohne daß er einen Widersacher hat, ein Theil des Seinigen von Amtswegen entzogen".

76) Unger, Syst. des österr. allg. Priv. R. VI. (das österr. Erbrecht) 2. Aufl. 1871. §. 2. 40.

77) Unger Erbr. §. 6. 7.

Digitized by Google

Recht der *b. p. unde vir et uxor* und der portio coniug. inop.] an den Ehegatten[78]). Ein Grund zur Unterscheidung der ordentlichen und außerordentlichen Intestaterbfolge liegt im österreichischen Rechte nicht vor. Auf die s. g. erbloſen Güter ist der Fiscus für berechtigt erklärt[79]).

2) Was in Betreff der hier vorzugsweise in's Auge zu fassenden Punkte das Oesterreichische Recht so besonders merkwürdig und für Nichtnachahmung lehrreich macht, ist ein Institut, welches mit dem eben im Preußischen Recht (Nr. 6.) letztbesprochenen Punkte gemeinsame Grundelemente besitzt, aber eine noch gewaltig erweiterte Bedeutung erhalten hat: die Verlassenschaftsabhandlung[80]). Dies Institut ist auf dem Grundprincip aufgebaut, daß es in Oesterreich keinem Erben gestattet wird, sich durch eigenen Ergreifungsact in den Besitz der Erbschaft zu setzen. Vielmehr muß zunächst das Erbrecht vor Gericht „verhandelt", und hierauf dem rechtmäßigen Erben der von vornherein durch den Richter mit der Sperre[81]) belegte Nachlaß von der „Abhandlungsbehörde" eingeantwortet werden[82]). Die Ver-

78) Unger Erbr. §. 29. 32. 38.

79) Unger Erbr. §. 30. A. 2. §. 90.

80) Eine eingehende Darlegung dieses Instituts giebt die verdienstvolle Schrift Unger's: die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Ein Votum für deren Aufhebung. (1862). Vgl. Unger Erbrecht §. 39.

81) Bd. I. dieser Serie S. 38. ist bereits eine Stelle Schilter's († 1705.) mitgetheilt, welche dieses Instituts unter dem Namen: „die Spörr" [unrichtig von Schilter aus: „die Spur" abgeleitet] gedenkt.

82) A.B.G.B. §§. 797—824.

Digitized by Google

lassenschaftsabhandlung enthält also das Erblegitimationsverfahren; in dem richterlichen Besitzeinantwortungsdecret liegt für den eingewiesenen Erben die Erblegitimationsurkunde.

a) Während früher in Oesterreich das gemeine römische Recht gegolten, hat sich die Verlassenschaftsabhandlung [veranlaßt, wie es scheint, durch die Hinterlassenschaftsregulirung der Geistlichen [83])] im siebzehnten Jahrhundert aus der wohlmeinenden Absicht, einer Verschleppung des Nachlasses vorzubeugen, entwickelt. Dem Richter wird die Pflicht aufgelegt, den Nachlaß „in die Spörr" zu nehmen, gerichtlich die Testamente zu eröffnen. Bis in die ersten Decennien des 18. Jahrh. enthält das Institut, [während das gemeine Recht dem Erben lediglich das Recht des „Einsatzes", missio Hadriana und Int. quor. bon., gewährt] nur die Pflicht für den Erben, unter Abgabe der „Erbserklärung" vor Gericht, in einem summarischen Verfahren den gerichtlichen Einsatz in den Besitz des Nachlasses zu impetriren [84]). — Dann aber verstärkt sich das Institut bis zur monströsen Ungestalt, der ursprüngliche Zweck desselben (die Bewahrung des Nachlasses vor Expilation) wird als s. g. „enge Sperre" oder „Nothsperre" zur Nebensache, dagegen zur Hauptsache entwickelt sich die „Jurisdictionssperre" als ein lucratives Jurisdictionsrecht, die Verlassenschaftsabhandlung wird zum nutzbaren Regale [85]). — Innerlich gestaltet sich das Institut, immer Mehr in seinen Bereich ziehend, dahin, (Patent v. 9. Sept. 1785) daß von Amts-

83) Unger V.A. S. 58. A. 30.
84) Unger V.A. S. 61—71.
85) Unger V.A. S. 72—79.

Digitized by Google

wegen dafür zu sorgen sei: „daß der ausgesprochene oder vermuthliche Wille des Erblassers nach allen Richtungen hin in Erfüllung gebracht werde, und daß ein Jeder das ihm aus und von dem Nachlaß Gebührende erhalte", worauf dann erst der reine Rest des Nachlasses an den wahren Erben (zu dessen Ermittlung die Verlassenschaftshandlung nunmehr aus einem Possessorium sich in den Charakter des Petitoriums umgestaltet) auszuantworten sei[86]). So wird das Institut, das zum Schutz der Erbschaft für den Erben geschaffen worden, zu einem, Alle Anderen dem Erben vorstellenden, kostspieligen zeitverschleppenden dem Erben höchst drückenden Verfahren. — Seit dem bürg. G. B. (1811) beginnt die, freilich noch sehr beschränkte Rückkehr zu einem besseren, aber auch ganz principlosen Mittelzustande, auf dem das umfangreiche Gesetz v. 9. Aug. 1854[87]) das heutige Recht aufgebaut hat.

b) Dieses heutige Recht hat die zwei Richtungen: α) Regelung der Angelegenheiten der am Nachlaß außer dem Erben Interessirten[88]): Gläubiger, Vermächtnißnehmer, Erbschaftssteuer u. s. w. (A.B.G.B. Art. 811). In dieser Hinsicht ist Viel von der früheren amtlichen Thätigkeit remittirt worden; man steht jetzt auf halbem Wege. Insbesondere wird rücksichtlich der Stellung der Gläubiger gegenüber dem antretenden Erben angenommen, daß der Letztere vor dem richterlichen Einantwortungsdecret, wenn auch juristischer Herr der Masse, doch „noch nicht als persönlicher Schuldner son-

86) Unger V.A. S. 92—103.

87) Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen v. 9. Aug. 1854 für das Kaiserthum Oesterreich; (insbes. §. 115—180).

88) Unger V.A. S. 135—190.

Digitized by Google

dern mehr nur als Vertreter eines ihm noch fremden den Erbschaftsgläubigern verfangenen Vermögens" dastehe [89]). Dies ist „der letzte Rest der alten unrichtigen Auffassung, daß dem Erben nur der reine Nachlaß gebühre, und daß er, resp. das Corps seiner Gläubiger, nur auf dasjenige Anspruch habe, was nach Bezahlung der Erbschaftsschulden und der Vermächtnisse übrig bleibt" [90]). — β) Ermittlung des definitiv auf den Nachlaß berechtigten Erben und Aushändigung des Vermögens an denselben [91]). Aehnlich wie im Preußischen Erblegitimationsverfahren haben sich die Erbprätendenten zum Zweck der Erbserklärung beim Richter zu melden. Treten Mehre sich widersprechend auf, so ist zunächst der Erbrechtsstreit unter ihnen durchzuführen, wobei der

89) Wie im Genaueren nach österr. R. die rechtliche Stellung des antretenden Erben zur Erbschaft vor dem Einantwortungsdecret zu fassen sei, ist hier nicht weiter zu erörtern; vgl. darüber noch Randa, Erwerb der Erbsch. nach Oesterr. R. S. 92. 93.

90) Unger V.A. S. 152—155. — Aus diesem (unrichtigen) Gegensatz erkennt man am Besten die innere Richtigkeit des vom röm. R. angenommenen, auf der Identificirung von Erblasser und Erben ruhenden, Princips des vollen und directen Fortbestandes der obligatorischen Verhältnisse. Erst durch positivrechtliche Anerkennung desselben findet die Erbfrage die ihren Inhalt wirklich deckende Ordnung. Von dieser *ratio* des Erbbegriffs ist genau zu trennen die ganz andere, lediglich auf Aequitätsmomente hinauslaufende, und eine sehr verschiedene Behandlung zulassende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Erbe auch über den Bestand der Masse hinaus für die Schulden des Erblassers haften soll.

91) Unger V.A. S. 117—134.

Digitized by Google

Abhandlungsrichter demjenigen die Beklagtenrolle zutheilt, für den die größere Wahrscheinlichkeit spricht. Mit dem Sieger in diesem Präjudicialproceß wird die Verlassenschaftsabhandlung weiter gepflegt, und ihm schließlich die Erbschaft ausgeantwortet[92]). Treffend bemerkt hierüber Unger (V.A. S. 129.): „Der Nachlaß wird in der That demjenigen eingeantwortet, dem er wahrscheinlich, nicht demjenigen, welchem er wirklich gebührt. Während die Verlassenschaftsabhandlung principiell die absolute und endgiltige Feststellung des Erbrechts bezweckt, bringt sie practisch doch nur eine relative und anfechtbare Ordnung der Verhältnisse zu Stande. Während die Einantwortung des Nachlasses als das Resultat mühevoller und langwieriger Untersuchung die definitive Zuweisung des Nachlasses enthalten soll, hat sie doch nur die Wirkung einer interimistischen Einsetzung in den Nachlaß. Da durch die Abhandlung und Einantwortung nicht ius inter omnes geschaffen wird, ist der vom Gericht anerkannte und eingewiesene Erbe gar häufig in der Lage eines bloßen *b. possessor sine re*, cui alius iure civili evincere hereditatem potest. Durch das Institut der Abhandlungspflege soll der wahre Erbe ermittelt werden, und es wird doch nur der wahrscheinliche Erbe ermittelt: der Nachlaß soll in die rechte Hand gebracht werden, und doch erweist sich hinterher diese Hand gar oft als die unrechte".

c) Unger hat danach in erster Linie die Forderung

92) Unger, Erbr. S. 228. §. 39. A. 8. Stahl, R. Ph. II. 1. §. 94. führt die atheniſche Einrichtung an: „war eine Erbschaft erledigt, so kamen Alle, welche sie ansprachen, vor den Archonten, er ermittelte unter ihnen den Erben, und wen er dafür erkannte, der war es öffentlich gegen Jedermann".

Digitized by Google

aufgestellt, daß das Institut der Verlassenschaftsabhandlung gänzlich aufzuheben und zum gemeinen römischen Rechte zurückzukehren sei, wonach die Erben in der Regel berechtigt sind, ohne Vermittlung des Gerichts den Nachlaß in Besitz zu nehmen. Danach wäre denn das possessorische Rechtsmittel des „gerichtlichen Einsatzes", wie es sich gemeinrechtlich ausgebildet hat [s. unten §. 1602.], in Oesterreich wieder einzuführen, und auf diese Weise dem präsumtiven Erben auf sein Verlangen in schleuniger Weise zum Besitz der Erbschaft zu verhelfen [93]). — In zweiter Linie, wenn die Aufhebung des gesammten bisherigen Rechtszustandes in Oesterreich zu viel Schwierigkeiten mit sich führen sollte, hat Unger vorgeschlagen, den [in Oesterreich nach wie vor auf die Erbschaft als Gesammtheit gerichteten] gerichtlichen Einsatz als Pflicht bestehen zu lassen, so daß also der Erbprätendent nicht wie im gemeinen Recht denselben nur benutzen dürfe, sondern ohne Selbstergreifen der Erbschaft die auf den Regeln von missio Hadriana und Int. quor. bon. ruhende richterliche Besitzeinweisung auf Grund des wahrscheinlich nächsten Rechtes nachsuchen müsse [94]).

d) Im Jahr 1866 ist dann ein österreichischer Entwurf eines Gesetzes über den Erbschaftserwerb abgefaßt [95]), und in einer tüchtigen Schrift von Randa einer eingehenden Kritik unterworfen worden [96]). Der

93) Unger V.A. S. 193.

94) Unger V.A. S. 195—204.

95) Entwurf eines Gesetzes, betr. d. Erwerb einer Erbschaft, wodurch die Bestimmungen des A.B.G.B. u. des Ges. v. 9. Aug. 1854 abgeändert werden (Wien 1867).

96) Randa, der Erwerb der Erbschaft nach Oesterreichischem Rechte. 1867. — In der zweiten Auflage des

Digitized by Google

neue Gesetzentwurf giebt den Rechtssatz, daß Niemand eine Erbschaftssache eigenmächtig ohne Intervention des Gerichts in Besitz nehmen dürfe, principiell auf, läßt nun aber noch weitergehend auch das Princip des Erbschaftserwerbes durch Antretungshandlung des Berufenen fallen und adoptirt statt dessen den ipso iure-Anfall des französischen und preußischen Rechts [97]). Mit Recht führt demgegenüber Randa aus, wie großen Bedenken die Annahme des Rechtssatzes vom ipso iure-Anfall bei dem ohne civilistischen Schaden (vgl. A. 90.) nicht zu entbehrenden Grundprincipe der Universalsuccession unterliege, und wie es keine entscheidenden Gründe für sich habe, das bisherige Recht des Erbschaftserwerbes durch den Willen des Berufenen zu verlassen [98]).

Der neue Gesetzentwurf hält im Uebrigen die Verlassenschaftsabhandlung fest, aber in einem (wesentlich von Randa gebilligten) bedeutend abgeschwächten Sinne. Er läßt den gesammten noch bestehenden Rest des Gedankens, daß der Nachlaß dem Erben erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der anderweitig Berechtigten einzuantworten sei, fallen. Es soll also der „Schwerpunkt des scheinbar bloß formalen Instituts der Verlaßabhandlung jetzt nicht mehr auf dem Gebiete des materiellen Rechtes liegen", die „Einantwortungsurkunde soll nach dem Entwurf in der That nur eine Legitimation des Erben sein" [99]). Es ist demnach die Verlaßabhandlung nach dem Entwurf im wesentlichen ein

—

Unger'schen Erbrechts ist hierauf noch nicht eingegangen.

97) Randa S. 10. 12.

98) Randa S. 12—20; S. 66. A. *.

99) Randa S. 84. 93. A. **.

Digitized by Google

Erblegitimationsverfahren geworden, ähnlich dem oben aus dem preußischen Recht dargestellten. Die Rechtsnachfolge [Erbrecht oder Vermächtniß] wird, wenn sie nachgewiesen[100]) und unbestritten ist, vom Erbschaftsgericht beurkundet. (§. 10.) Derjenige, über dessen Rechtsnachfolge die Beurkundung ertheilt wurde, hat nach dem Inhalt derselben für Jedermann so lange als Erbe [oder Vermächtnißnehmer] zu gelten, als die Beurkundung nicht im ordentlichen Rechtswege entkräftet wird (§. 11). Wer ein der ertheilten Beurkundung widerstreitendes Recht glaubt behaupten zu können, hat dasselbe vor dem zuständigen Gerichte im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen. Dritte Personen, welche im Vertrauen auf die vom Erbschaftsgericht ertheilte Beurkundung redlich gehandelt, können jedoch nicht mehr in Anspruch genommen werden. (§. 12). Der Erbe [oder Vermächtnißnehmer], der die Uebertragung der Rechte des Erblassers in den öffentlichen Büchern bewirken will, hat der Grundbuchsbehörde die ihm vom Erbschaftsgericht ertheilte Beurkundung vorzulegen. (§. 13).

Randa (S. 38.) erkennt an, daß auf diese Weise der legitimirte Erbe eine ähnliche Stellung erhält, wie im röm. Recht der *bon. possessor sine re* hatte. Jedenfalls wäre wohl die auch von Randa geforderte Beschränkung nöthig, daß sich die Verfügungsfreiheit des Erblegitimirten nicht auf unentgeltliche Erbsachenveräußerung oder Erbschulderlassung erstrecken

100) §. 46. des Gesetzentw. v. 66: „Wer bei dem Erbschaftsgerichte um die Ertheilung einer Beurkundung ansucht, hat die zur Beurtheilung der behaupteten Rechtsnachfolge nöthigen Beweise, falls dieselben nicht schon bei dem Gerichte vorhanden sind, vorzulegen".

Digitized by Google

dürfe[1]). Aber auch so würde doch immer noch diese auf Grund der Einantwortungs- oder Erblegitimationsurkunde gegenüber Jedermann (der nicht zu klagen bereit ist) wirksame, practische Wiedereinführung der b. p. sine re mannigfachen legislativen Bedenken unterliegen. Auf diese Weise wird den Dritten gegenüber, die regelmäßig weder Lust haben noch in der Lage sein werden „ein der Beurkundung widerstreitendes Recht auf dem Rechtswege geltend zu machen", dem Erblegitimirten eine Verfügungsmacht über die Erbschaft eingeräumt, die, falls der Erblegitimirte nicht der richtige nächste Erbe ist, dem Rechte dieses Letzteren in sehr weitgehender Weise vorgreift. Für den Erblegitimirten wird durch bloße Vorlegung der Beweise vor dem Erbschaftsgericht ein Zustand gewonnen, der seine Wirkung auf Personen äußert, denen gegenüber eine processualisch-richterliche Feststellung der Rechtsfrage noch gar nicht stattgefunden hat. Für dritte Personen, nicht bloß Gläubiger und Schuldner vom Erblasser her, sondern auch beliebig mit dem Erben neu Contrahirende bildet das Einantwortungs- oder Erblegitimationsdecret gewissermaßen eine res iudicata ohne vorgängiges iudicium. Es soll nämlich (nach Randa) der, vom Entwurf (§. 46.) nicht genauer präcisirte, Beweismodus, auf Grund dessen die Erblegitimation erfolgt, lediglich eine „Bescheinigung des wahrscheinlichen Erbrechts" sein. Ferner: wenn sich mehre sich gegenseitig Bestreitende zur Erblegitimation melden, soll nach dem Entwurf (§. 49—51.) gegenüber dem, dessen Anspruch das Erbschaftsgericht für besser begründet ansieht, der Gegner auf den in bestimmter Frist zu beschreitenden

1) Randa S. 38. A. **. Unger Erbr. §. 40. A. 22.

Digitized by Google

[„widrigens die Beurkundung ertheilt wird"] Rechtsweg verwiesen werden. Und auch hier soll (nach Randa) der „für welchen die Wahrscheinlichkeit des Erbrechts spricht" provisorisch in den Besitz der Erbschaft gesetzt werden. Diese durch das Erblegitimationsdecret getroffene, provisorische Verfügung soll, wie Randa besonders betont, auf dem freien Ermessen des Richters beruhen; es soll „die richterliche Einweisung nach Vernehmung der Streittheile im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne Proceß erfolgen". Doch aber soll dies Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit alle anderweite provisorische Rechtsordnung ersetzen, so daß damit denn auch Randa alle weitere Geltung des gemeinrechtlichen „Rechts des Einsatzes" in Oesterreich für unnöthig erklärt[2]). —

Doch dies sind überhaupt Dinge, die erst der legislatorischen Vorbereitung unterliegen. Jedenfalls wird in Betreff des jetzt in Oesterreich geltenden Rechtes der unbefangen Urtheilende sagen müssen, daß hier ein wahres Uebermaß bevormundender Elemente gehäuft worden ist, und daß dem gegenüber die gemeinrechtlichen Grundsätze über Erbantretung, Erbschaftsbesitzergreifung, und das „Recht des Einsatzes" die bei weitem vorzuziehenden sind.

63. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch ist in seinem Gegensatz zu den anderen Legislationen nach allem bisher Besprochenen mit wenigen Worten zu erledigen.

Das sächs. B. G. B. hat das römische Princip des Erbschaftserwerbs durch Antritt (§. 2250.), aber das (binnen Jahresfrist von der erlangten Kenntniß des

2) Randa S. 35. 36. S. 39. S. 43—47.

Digitized by Google

Anfalls) Nichterfolgen einer Erklärung über den Antritt steht dem Antritt gleich [§. 2265. — also im Grunde doch: binnen Jahresfrist fixirter ipso iure-Anfall]. Der Erbe haftet nie ultra vires hereditatis (§. 2328). Das gemeinrechtliche „Recht des Einsatzes" ist durch den §. 2323. zur Anerkennung gelangt: „Wer durch äußerlich fehlerlose Geburts- und Todtenscheine nachweist, daß er der nächste gesetzliche Erbe des Erblassers ist, oder durch einen äußerlich fehlerlosen schriftlichen letzten Willen sein Erbrecht darthut, kann verlangen, daß er ohne weitere Untersuchung der Richtigkeit seines Erbrechts in den Besitz der Erbschaft eingesetzt wird"[3]).

64. Was lernen wir aus vorstehender Zusammenstellung der unter sich so verschiedenartigen Legislationen[3a])?

Wir finden in denselben an mehren Punkten Einrichtungen, die mit der *b. p. sine re* verglichen werden können. Und doch kann, nach der im 1. Bande dieser Serie gegebenen Darstellung, nichts verschiedener sein als die Motive, die der römischen b. p. sine re das Dasein gaben, und diejenigen, welche jene Einrichtungen in unseren modernen Zuständen hervorgerufen haben. Auch verschiedene Triebfedern können zu gleichartigen Resultaten führen. Es sind nun überhaupt nach dem Grundbau des Rechtes drei Elemente, die für die hier uns beschäftigenden Fragen stets wichtige Factoren sein müssen: das voluntare, das le-

3) Vgl. dazu die Motive; Siebenhaar Commentar III. S. 352.

3a) Vgl. auch noch, bezüglich des in den russischen Ostseeprovinzen geltenden Rechtes, den Anhang am Schlusse dieses Bandes.

Digitized by Google

gale und das judicielle oder magistratuale. Wir haben gesehen: das erstere herrscht durchaus in unserem römisch-gemeinen R., das zweite hat das Uebergewicht im französischen und preußischen R., das dritte (das auch im preußischen nicht geringe Entfaltung gefunden hat) nimmt eine zur wahren Unnatur beamtlicher Bevormundung gewordene Herrschaft im österreichischen Rechte ein. Man möge sich aber hüten von der Voraussetzung auszugehen, als müßten überhaupt alle wesentlichen hier besprochenen Fragen eines Rechtssystems durchaus vom Standpunkte eines einzigen Princips aus geordnet werden. Auch gerade das römische Recht kennt, neben seinem voluntaren Standpunkt der freien Selbstbethätigung der Individualinteressen, sowohl den ipso iure-Anfall des Erbrechts bei den sui heredes, wie auch (eben in dem Institut der b. p.) ein weitgreifendes Gebiet magistratualen Eingreifens in Regulirung der Erbangelegenheiten. Ferner möge man sich davor bewahren, zu glauben, es sei ein erkanntes juristisches Besseres in einem großen Lande auch ohne Weiteres einführbar. Die historische Kraft eines eingewurzelten Rechtszustandes ist so gewaltig, daß die radical-plötzliche Einführung des an sich Besseren durch die verwundende Art der Einführung zum Unheilsamen führen kann. So mag namentlich in Oesterreich ein unvermittelter Uebergang vom jetzt Bestehenden zu der vollen Geltung der gemeinrechtlichen Grundsätze schwerlich zu rathen sein.

Das aber darf nicht hindern, an die verschiedenen Erbsysteme auch den wissenschaftlichen Maaßstab des abstract Vollkommeneren anzulegen. Danach wird man unter sorgfältiger Abwägung der im Obigen hervorgehobenen Einzelnheiten zu sagen haben, daß die Grundgedanken

Digitized by Google

unseres römisch-gemeinrechtlichen Systems die civilistisch-weiseren sind. Der freie Standpunct der durch das positive Recht mit gehörigem Schutz versehenen Selbstbethätigung der Interessen regulirt sich selbst. Er bewahrt vor unnatürlichem Zwange, wie wir ihn aus dem Legalitätsprincip haben hervorgehen sehen. Er ist das frische Leben im Gegensatz zu der Vegetation in der geschlossenen Luft des österreichischen Bevormundungssystems [4]).

Aber unser römisch-gemeinrechtliches System ist keineswegs nach allen Seiten hin vollkommen. Ein magistratuales Eingreifen zwecks schützender Regulirung der Erbangelegenheit muß nach zwei Richtungen hin das allgemeine Sichselbstüberlassen der Individualinteressen zurückdrängen. Die eine Richtung betrifft die mehrgestaltigen Fälle der Berufung schutzbedürftiger und abwesender Erben. Wie in dieser Hinsicht in einer keineswegs allgemein zu billigenden Weise das römisch-gemeine Recht geordnet sei, wird im nächsten Bande (§. 1604) zur Darstellung gelangen.

Die andere Richtung bezieht sich auf die nach der Antretung regelmäßig folgende Thätigkeit des Erben, und zwar einerseits in Erledigung der vom Erblasser

4) Randa S. 28. sagt: „das Institut der Verlaßabhandlung habe in der That den, vielleicht einzigen, Vortheil, daß Erbschaftsprocesse in Oesterreich zu den Seltenheiten gehören". — Auch in den gemeinrechtlichen Ländern sind Erbschaftsprocesse nicht übermäßig häufig; und andererseits hat Oesterreich z. B. im Jahre 1856: 740,802 und 1857: 699,980 Verlassenschaftsabhandlungen zu bewältigen gehabt (Unger V.A. S. 5). Also ein kleiner Haufen wirklicher Processe gegen einen ungeheuren Berg von Justizadministrationsacten!

Digitized by Google

herstammenden activen und passiven Schuldverhältnisse, andererseits in Uebernahme der vom Erblasser herrührenden realen Verhältnisse am Grund und Boden. Dies Letztere begreift ein den Römern fremdes, aber im modernen Rechtsleben sehr wichtig gewordenes Moment. Es sind dies die öffentlichen Bücher. In diese müssen die Realberechtigungen eingetragen werden, also auch der Erbe, und zwar dies möglichst bald und mit möglichster Sicherung des Eingetragenen gegen weitere Anfechtung. So entwickelt sich, und hat sich in Deutschland entwickelt das Bedürfniß nach einem unter magistratualer oder richterlicher Leitung stehenden Erblegitimationsverfahren[5]). Darin liegt eine der b. p. vergleichbare

5) Unger V.A. S. 193—195. Randa S. 40—42. Ueber die in Mecklenburg bestehende Einrichtung vgl. Kniep Mora I. S. 219: „Das Mecklenburgische Erbenzeugniß läßt sich mit der römischen b. p. vergleichen. Auf Antrag der Betheiligten hat die betreffende Behörde von Amtswegen und ohne Einleitung einer processualischen Verhandlung zu prüfen, ob die sich Meldenden die nächsten und alleinigen Berechtigten zum Nachlaß sind. Findet die Behörde auf Grund der vorgebrachten Beweise oder der Notorietät kein Bedenken, so stellt sie das desfallsige Erbenzeugniß aus. Nun kommt es freilich vor, daß diejenigen, welche das Erbenzeugniß erhalten haben, gar nicht die rechten Erben sind, wie es ja auch eine b. p. cum und sine re gab. Das kann indeß dem Schuldner einerlei sein, da die Erbenzeugnisse alle in Bezug auf die Verlassenschaft erfolgten Handlungen derjenigen, welchen dieselben ertheilt sind, gegen eine Anfechtung von Seiten anderweitiger näherer oder gleich naher Erben dergestalt sichern, daß kein Dritter, welchem nicht böser Glaube nachzuweisen ist, von den letzteren dieserhalb in Anspruch genommen werden kann".

Digitized by Google

(Ziff. 36.) Rechtseinrichtung der dem richterlich Erblegitimirten gewährten juristischen Dispositionsfreiheit größeren oder geringeren Umfanges über die Erbschaft. Darzulegen, was in dieser Hinsicht die deutsche Gesetzgebung zu thun habe, ist hier nicht der Ort. Das bisher Geleistete wird man nicht anders, denn als noch wesentlich unvollkommen bezeichnen können. Es wartet hier der deutschen Gesetzgebung die Lösung einer wichtigen Aufgabe.

§. 1602.

Darstellung der practischen Geltung des Interdictum quorum bonorum und der missio Hadriana. (Das Recht des Einsatzes). [verbunden mit den §§. 1841—1844.]

65. Ueber das Interdict quorum bonorum ist wie kaum über ein anderes Rechtsmittel gestritten worden. Die eine Hälfte dieser Streitfragen ist im ersten Bande dieser Serie Ziff. 72. 75—79. zur Erörterung gekommen. Die andere Hälfte bezieht sich auf die Bedeutung des Interdicts im späteren Kaiserrechte, bei Justinian und in unserem heutigen Rechte. Man kann aber von den im langen Laufe der Disceptation [6])

6) v. Savigny Verm. Schr. II. S. 216 ff. (1823); Thibaut Arch. f. civ. Pr. X. Nr. 23; v. Savigny Verm. Schr. II. S. 242 ff. (1828); v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XII. 6; Francke R. d. Notherben S. 97 ff.; Fabricius Rhein. Mus. IV. S. 204 ff.; Arndts Beitr. I. S. 108 ff.; Mayer Erbr. I. S. 400 ff.; Meine Bon. Poss. II. 2. S. 162 ff.; Sintenis Civilr. (2. Aufl. 1861) III. §. 193; v. Savigny Verm. Schr. II. S. 291. (1849); v. Vangerow Pand. II. (6. Aufl. 1854) §. 509; Brinz Pand. S. 703 ff.; Windscheid Pand. §. 617.

Digitized by Google

nach dieser Richtung hin zur Sprache gekommenen Punkten schon sehr Vieles als genügend durchgesprochen bei Seite legen, so daß das hier zu Gebende verhältnißmäßig kurz sein darf.

I. Savigny, der in die Verhandlungen mit dreimaliger Wortnahme eingriff, hat das Streitmaterial in die drei Punkte getrennt: von der summarischen Natur des Interdicts; von der Zulässigkeit unvollständigen Beweises (einer bloßen Bescheinigung); und von der etwa bloß provisorischen Wirkung der richterlichen Entscheidung im Interdict. Ueber den ersten Punkt hat er bei seiner dritten Ausführung bereits schweigen können. Rücksichtlich des zweiten Punktes ist diese dritte Ausführung vorzugsweise gegen meine Theorie von den „bedingenden und vernichtenden Beweisen" gerichtet. Da ich dieselbe zurückgenommen habe (Bd. I. dieser Serie S. 400.), so ist hierauf nicht weiter einzugehen. Dasjenige, was in der Lehre vom Interdict noch immer als bisher unabgeschlossen fernere Aufklärung fordert, ist der Kern des dritten Punktes, wobei das über die allgemein summarische Natur des Interdicts und die darin nur zu liefernden Bescheinigungen zu Sagende nur nebensächliche Bemerkungen nöthig macht.

In seinen früheren Abhandlungen hatte Savigny (Verm. Schr. II. S. 225. und S. 283.) allgemein den Satz aufgestellt: „wenn über unser Interdict entschieden worden ist und späterhin von dem, welcher den Prozeß verlor, die hereditatis petitio angestellt wird, so ist es unstreitig *eadem quaestio*, nämlich es ist jetzt, wie früher, die Frage, welcher von Beiden der wahre zum Vermögen berechtigte Erbe sei (welches übrigens nach Umständen bald ein heres, bald ein bonorum possessor, sein kann). Diese darf nicht von

Digitized by Google

Neuem vor Gericht gebracht werden, und daß dies jetzt durch eine andere Klagart (alio genere iudicii) versucht wird, macht dabei keinen Unterschied". Danach ist denn Savigny der Ansicht (S. 241.), daß das Interdict seit dem Aufkommen der her. pet. possessoria zunächst noch neben dieser Klage, wegen der verschiedenen Proceßart beider Klagen, fortbestanden, die practische Bedeutung des Fortbestehens beider Rechtsmittel aber im Justinianeischen Rechte völlig aufgehört habe, in welchem demnach für den bonorum possessor eigentlich Nichts mehr übrig sei, als allein die possessoria hereditatis petitio.

Hierauf habe ich die Gegenbemerkung gerichtet (Bon. Poss. I. S. 322. A. 13.), daß diese Ansicht sich nicht mit der b. p. sine re vereinigen lasse, derzufolge der b. possessor zweifellos zunächst mit dem Int. quor. bon. auch gegen den heres siege, worauf dann aber der Letztere mit der her. pet. dem b. possessor das Vermögen wegholen könne. Demzufolge hat Savigny (Verm. Schr. II. S. 312.) „für den Fall des Conflicts von hereditas und b. p., so lange noch beide als getrennte Systeme des Erbrechts neben einander standen", eine „Beschränkung" seiner Ansicht eingeräumt, aber hervorgehoben, daß in diesem Fall „beide Rechte ganz ungleichartig waren; es war nicht eadem quaestio, und zwischen beiden Urtheilen und ihren Gründen war nicht der geringste Widerspruch". Damit hat, nach Brinz (Pand. S. 704.), Savigny nichts zugestanden, was „im Widerspruch mit seinen früheren Behauptungen" wäre.

Es muß nun aber genau constatirt werden, was hier eigentlicher Gegenstand des Streites ist. Nicht die von Savigny angeführte Grundregel, daß, wenn eadem

Digitized by Google

quaestio vorliege, auch alio genere iudicii die exceptio rei iudicatae entgegenstehe. Auch nicht mehr, nach der von Savigny selbst vorgenommenen Reinigung des Punktes, die Beweisfrage, indem nicht zu bezweifeln ist, daß von Anfang bis in die classische Zeit der Interdictskläger in ganz regulärer Weise darzuthun hatte, was überhaupt Voraussetzung einer rechtsgültigen (*ex edicto* data) b. p. war. Ich habe zu dem, was in dieser Hinsicht Savigny (S. 309.) aus der l. 1. C. quor. bon. 8. 2. mit Recht ableitet, im ersten Bande dieser Serie S. 402. A. 8. denselben Nachweis aus der bis dahin unbeachtet gebliebenen Papinianischen Stelle fr. 16. §. 1. de inoff. test. hinzugefügt.

Aber ist hiemit und mit jener Einräumung in Betreff der b. p. sine re der Sache Genüge geleistet? — Es wird doch wohl nöthig sein, für die Zeit, wo hereditas und b. p. noch als getrennte Systeme neben einander standen, alle die (oben genauer geprüften) dogmatischen Elemente der b. p. auseinander zu legen, und bei jedem derselben die Frage, ob für sie das Interdict und die her. petitio wirklich eadem quaestio enthielten, selbständig zur Sprache zu bringen.

1) Für den Fall einer confirmandi oder supplendi iuris civilis gr. gegebenen b. p. [also z. B. beim Vorhandensein eines nichtagnoscirenden heres aus einem iure factum testamentum: Agnition einer b. p. unde legitimi; beim Vorhandensein eines nichtagnoscirenden Agnaten: Agnition einer b. p. unde cognati durch einen bloß cognatisch Verwandten] ist nunmehr Folgendes ermittelt worden. Hatte der vorstehende heres die ihm zuständige b. p. versäumt, so war kein Grund, ihn gegen das Interdict des b. possessor zu schützen. Er konnte also die Frage des heres-sein dagegen nicht

Digitized by Google

vorbringen, sondern mußte dazu hinterdrein die her. petitio anstellen, der dann exc. rei iudicatae nicht entgegengestellt werden konnte. Anders dagegen war es vielleicht (nach dem Bd. I. dieser Ser. S. 406. A. 10. und oben Ziff. 16. A. 19. Angegebenen), wenn der vorstehende heres überhaupt nicht in der Lage war b. p. zu erbitten, man ihm also im Interdictsproceß wegen Versäumung der b. p. Nichts imputiren konnte. Hier forderte eine flagrante Aequität, daß er, dem ja der Prätor ein dem b. possessor vorgehendes Recht anerkannte, gleich im Interdictsproceß die Einrede des heres-sein vorbringen und dadurch das sine re-Erklären des Klägers in Anspruch nehmen durfte. Jedenfalls bildete alsdann der hier ergangene Spruch res iudicata für eine spätere her. petitio [7]). Insoweit wäre sonach Savigny's Zugeständniß der „Beschränkung" ein zu weit gehendes.

2) Sicher dagegen ist in Betreff der correctorischen Bestandtheile der b. p., daß (Ziff. 14. A. 4.) dem Interdict des unde liberi b. p. Agnoscirenden, der seine b. p. c. t. versäumt hatte, von dem (seine sec. tab. b. p. versäumenden) die Adition vornehmenden scriptus heres [8]) jede Wirksamkeit entzogen werden kann, sei es daß das Interdict gleich denegirt oder dem

7) Vielleicht stand nach der obigen Ausführung (Ziff. 14. am E.) die Sache ebenso, wenn der vorstehende heres die Frist der Agnition zwar versäumt, aber innerhalb derselben doch die her. aditio vorgenommen hatte.

8) Es ist also nicht allgemein richtig, was Brinz Pand. S. 704. sagt: „er (der Bekl.) mußte sie (die Erbschaft) herausgeben, wenn er den Erwerb der bon. possessio, um den allein es sich in unserem J. handelte, versäumt hatte".

Digitized by Google

So weit aber noch in der classischen Zeit bei der b. p. sine re der ursprüngliche Grundgedanke des Interdicts rein hervortritt, also die heres-Frage vom Beklagten nicht eingemischt werden durfte, insoweit kann dem Interdictsproceß die her. petitio als das intensiv stärkere Rechtsmittel nachfolgen, und insoweit kann man demnach von einer provisorischen Stellung des Interdicts zur her. petitio sprechen [10]).

5) Wie aber stellt sich unsere Frage in dem, absichtlich bis zum Schluß aufgehobenen, Punkte, der neben der b. p. sine den anderen Urbestandtheil des Instituts ausmacht? Der Prätor giebt, wenn der heres sich nicht meldet, gewissen non-heredes die b. p., die der vorstehende heres zur sine re machen kann. Aber der Prätor giebt eben auch vom Anfang an dem *heres*, wenn er sich meldet, die b. p., und es hat, wie wir wissen, für diesen das „beneficium eius in eo solo aliquam utilitatem", daß ihm (neben seiner hereditatis petitio) das Int. quor. bon. zusteht (Gai. III. 34). Wenn nun solcher heres diese Utilität des

10) Aber auch bei dieser b. p. sine re wurde im Interdict die Frage vom ex edicto Begründetsein der b. p. definitiv festgestellt. — Nicht zutreffend Baron Pand. (1872) S. 773: „Zum Schutz seines Erbrechts ward ein doppeltes Rechtsmittel im prätorischen Edict aufgestellt: einmal die heredit. pet. poss. analog der her. petitio civilis des Civilerben, gerichtet auf definitive Anerkennung des Erbrechts und auf Leistung alles dessen, was der Verklagte an erbschaftlichem Gute hatte; sodann das int. quor. bon., ein schleuniges Rechtsmittel, gerichtet auf provisorische Anerkennung des Erbrechts und auf Herausgabe der körperlichen Erbschaftssachen, welche der Verklagte besaß".

Digitized by Google

Interdicts nutzend, den Interdictsproceß durchführt, geht daraus für die her. petitio die exc. rei iudicatae hervor?

Das Resultat der bisherigen Untersuchungen ist in dieser Hinsicht folgendes. Als die utilitas, die vorzugsweise dem heres aus dem Interdict entsprang, ist bis auf Hadrian wohl in erster Linie die Revocation der pro herede usucapio anzunehmen (Bd. I. dieser Serie S. 378—383). Denken wir uns nun einen im ordo unde legitimi die b. p. agnoscirenden heres, also z. B. einen suus oder agnatus [von dem Gai. III. 34. ausdrücklich redet], so müssen wir den im Interdictsproceß geführten Beweis als auf die edictale Berechtigung zur b. p. unde legitimi gerichtet bezeichnen. Es wurde also in dem Proceß z. B. de iure agnationis entschieden (Bd. I. dieser Ser. Ziff. 79. A. 8. a. E.). War dieser Beweis geliefert, so war damit zugleich die civile Erbberechtigung dargethan, und das mußte denn auch als res iudicata für die her. petitio gelten.

Anders dagegen liegt die Sache für den scriptus heres. Ich habe bereits im Bd. I. dieser Serie S. 350. die Vermuthung ausgesprochen, daß schon die ursprünglichen Worte des Edicts über die sec. tab. b. p. die Bedeutung gehabt haben werden, es sei bei den Klagen aus der b. p. vom b. possessor nur das Begründetsein der Edictalvorschrift über das Vorhandensein der legalen Siegelzahl zu beweisen gewesen, während dann der Gegner den Gegenbeweis, daß nichtsdestoweniger das Testament ein civilrechtlich nichtiges sei, zu führen hatte. Jedenfalls ist dies zweifellos seit der Zeit, wo der Prätor die Signation mit 7 Siegeln als positiv selbständige Edictalvorschrift in der sec. tab. b. p. eingeführt hatte (Bd. I. dies. Ser. Ziff. 92. 93). Der

Digitized by Google

Interdictskläger that genug mit Nachweis dessen, was der Prätor nunmehr zur Ertheilung der sec. tab. b. p. für erforderlich erklärte (daß ihm dieselbe „ex edicto" data sei). Für diejenigen einzelnen Fälle, in denen der Prätor trotz der constatirten civilrechtlichen Nichtigkeit des Testamentes die Aufrechthaltung der sec. tab. b. p. gewährte, fiel denn auch sogar die Zulassung jenes Gegenbeweises hinweg. — Hier steht nun also die Sache so, daß der Interdictskläger nur das ex edicto Ertheiltsein im Proceß zur Untersuchung bringt [11]). In den Fällen der civilungültigen prätorisch aufrechterhaltenen Testamente kann danach die Frage vom heres-sein des Klägers gar nicht vorkommen, während bei den übrigen Fällen civilrechtlicher Ungültigkeit der Beklagte durch Behauptung solchen Ungültigkeitsgrundes die Frage vom heres-sein des Klägers wohl zur Entscheidung zu bringen befugt, aber doch nicht verpflichtet ist. Denken wir uns also ein der Formvorschrift des Edicts genügendes, an einem inneren Mangel z. B. fehlender testamentifactio des Erblassers [Bd. I. dies. Ser. S. 455.]

11) Hierin liegt, daß, wenn wir uns ein civilrechtlich gültiges Testament denken, aus dem b. p. sec. tab. agnoscirt worden ist, der heres, falls er aus der b. p. das Interdict anstellt, doch nicht sein heres-sein zu der im Interdictsproceß zu entscheidenden quaestio macht. Wird also diese Frage auch nicht vom Gegner durch Vorbringung eines civilen Nichtigkeitsgrundes des Testaments in Anregung gebracht, und nun etwa mit Unrecht der Kläger, weil die b. p. nicht ex edicto data sei, abgewiesen, so muß er seine her. pet. aus dem gültigen Testament noch immer anstellen können. Gai. III. 34: alioquin *remota quoque bonorum possessione* ad eos hereditas pertinet iure civili.

Digitized by Google

leidendes Testament. Der Eingesetzte hat sec. tab. b. p. agnoscirt, und als Interdictskläger das seinerseits über die datio „ex edicto“ zu Beweisende dargethan. Der Beklagte dagegen (der nächste Intestaterbe) hat die Behauptung der Testamentsnichtigkeit wegen mangelnder testamentifactio nicht vorgebracht. Hier kann der Interdictsspruch für den siegenden Kläger doch nur res iudicata darüber geben, daß die sec. tab. b. p. „ex edicto data“ sei. Dagegen die quaestio über sein heres-sein ist gar nicht vorgekommen, also steht auch keine res iudicata entgegen, wenn der Gegner, auf Grund seiner (beweisbaren) Behauptung von dem Mangel der testamentifactio, wegen civilrechtlicher Nichtigkeit des Testaments gegen den siegreichen Interdictskläger hinterdrein als Intestaterbe mit der her. petitio auftritt.

Es hat sich also gezeigt, daß aus der sec. tab. b. p. das Interdict in mehrfacher Gestaltung durchführbar ist, ohne daß die quaestio des heres-seins darin zur Sprache kommt.

66. — II. Weiter fragt sich, welche Stellung das Interdict quorum bonorum eingenommen hat, seit bei den Römern dem b. possessor die successionis vindicatio (her. pet. poss.) eingeräumt wurde.

1) Die Bedeutung der *c. t. b. p.* im Justinianeischen Rechte ist bereits Ziff. 54. erörtert worden, und die Stellung des Interdicts für den c. t. b. possessor ergiebt sich daraus von selbst. In Betreff des Beweises sagt uns die l. 1. C. quor. bon. 8. 2. (Ziff. 49. A. 55.), daß, wenn man „ut praeteritus“ agnoscirt hat, man darthun muß [die b. p. sei „ex edicto“ gegeben, also] man sei in der That der filius

Digitized by Google

defuncti. Daß hier von vollständigem Beweise die Rede sei, ist Savigny (S. 309. 310.) durchaus zuzugeben, und also auch, daß das „hereditatem petere" des c. t. b. possessor mittelst des Interdicts (Ziff. 49. Nr. a. u. b.) gegen den scriptus heres völlig res iudicata für die her. petitio macht. Seit nun dem c. t. b. possessor die successionis vindicatio zugetheilt wurde, muß man, auch bei der Statuirung gewisser kleiner Unterschiede im Object der her. pet. und des Interdicts, beide Klagen des c. t. b. possessor mit Savigny im Wesentlichen für zusammengeflossen erklären. Ganz in diesem Sinn spricht denn auch Justinian im §. 5. J. de exher. lib. (Ziff. 54. A. 3.) nur von einem einzigen Wege der Vertreibung des scriptus heres: eundem habeant effectum *circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam*, quem filii sui vel emancipati habent [12]). — Hat man die c. t. b. p. bei uns für unanwendbar zu erklären (s. Ziff. 54. A. 1.), so fällt die Frage von einem Anwendungsboden des Interdicts hier überhaupt hinweg.

2) Das Interdict im Gebiet der testamentari-

12) So wie hier das Recht des mit einer bloß nominellen c. t. b. p. versehenen filius, und das die vollwirkende c. t. enthaltende Recht des emancipatus neben einander gestellt werden, so auch schon in l. 1. C. cit. in den Worten: et *ad hereditatem vel bon. possessionem* admissum probaveris. Meine Bon. Poss. I. S. 389. 390. Vangerow, Pand. §. 509. A. 2. Nr. I. Alle anderen Erklärungen dieser Stelle (s. meine Bon. Poss. II. 2. S. 213. 216. 470. — und oben Ziff. 49. A. 57.) widerstreiten den einfachen in der Stelle gegebenen Voraussetzungen.

Digitized by Google

schen Succession. — Ich bemerkte bereits oben (Ziff. 50.), daß die Annahme in der That sehr nahe liegt, wie sie Savigny denn auch durchzuführen versucht hat, daß das Interdict seit Aufkommen der her. pet. poss. in derselben Stellung, die es bei der c. t. b. p. unzweifelhaft einnimmt, gleichartig auch für die übrigen Erbklassen zu denken sei. Also die Annahme einer fortan nur unbedeutenden Scheinexistenz, die schließlich mit der petitorischen Klage völlig zusammengeflossen sei. Und doch kommt man dadurch mit den Quellen in völligen Widerspruch. Das röm. Recht hat vielmehr rücksichtlich des Interdicts in der testamentarischen und Intestatsuccession [also wenn es sich nicht um „Infirmation", sondern um Förderung einer regulären Succession handelt] entschieden einen anderen Weg eingeschlagen. Der Anknüpfungspunkt ist aber doch auch wieder ein sehr naheliegender. Nach dem bisherigen Recht hatte der Satz gegolten (Gai. III. 34.), daß für den Inhaber der her. petitio [ad quem remota quoque b. possessione hereditas pertinet iure civili] das beneficium der b. p. doch immer „aliquam utilitatem" im Interdict besitze. Jetzt wird allen (in concreto nächstberufenen) testamentarischen und Intestatnachfolgern die her. petitio gewährt. Falls ein practisches Bedürfniß daneben einen raschen Besitzerlangungsmodus in Betreff der corpora hereditaria als wünschenswerth erscheinen ließ, so war das Interdict das nächstdargebotene Rechtsmittel zur Herstellung dieser utilitas. Es hat übrigens nach Ausweis der Quellen dieser Gedanke in der testamentarischen und Intestatsuccession doch wieder verschiedene Wege eingeschlagen.

a) In der testamentarischen Succession ist in Ver-

Digitized by Google

bindung mit der Erbschaftssteuer [13]) behufs rascher Besitzerlangung die missio Hadriana aufgekommen. Dieser mußte man sich jedenfalls bedienen, wenn es sich um ein den edictalen Erfordernissen der sec. tab. b. p. nicht entsprechendes Testament handelte. Wie aber da, wo auch testamentarische b. p. möglich war, ihr gegenüber sich der practische Gebrauch der missio Hadriana stelle, ergiebt sich in sehr anschaulicher Weise aus einem sowohl im Theodosianischen wie Justinianeischen Codex uns aufbewahrten Gesetz des Theodosius v. J. **424**: l. 7. Th. C. de testam. 4. 4. l. 8. C. de codicill. 6. 36.

In diesem Gesetz wird die Verfügung getroffen, daß der im Testamente Bedachte sich entscheiden muß, ob er sich auf das Testament oder die Codicillarklausel berufen will. Die einmal getroffene Wahl soll hinterdrein nicht wieder geändert werden [14]). Zunächst spricht der Kaiser allgemein den Satz aus, daß das agere ex testamento de hereditate (also die her. petitio) und das Ueberspringen zur fideicommissi persecutio nicht gestattet sein soll [15]). Dieser Satz soll sogar so streng, fährt er fort, gelten, daß beim Vorliegen der Codicillarklausel der die hereditas „Petirende" allerdings „*ab ipsis intentionis exordiis*" die Wahl haben, aber dabei

13) Bachofen Ausgew. Lehr. des röm. Civ.R. S. 390 ff.; Meine Bon. Poss. II. 2. S. 155; Unger Verl. Abh. S. 172.

14) Windscheid Pand. §. 631. Nr. 3.

15) Si quis *agere ex testamento*, quolibet modo sive scripto sive sine scriptura confecto, *de hereditate* voluerit, ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittatur.

Digitized by Google

ſich bewußt ſein ſoll, ſich durch die ausgeübte Wahl des Einen das Andere verſchloſſen zu haben [16]). Dieſe ipsa intentionis exordia werden nun folgendermaßen erklärt: ita ut, *sive bonorum possessionem secundum tabulas vel secundum nuncupationem* ceterasque similes [17]) *postularit aut certe* [ex edicto divi Hadriani] *se mitti ad possessionem ex more petierit*, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet. [Sic enim, si quis defuncti agnoverit voluntatem de inofficioso agere prohibetur, et patronus, liberti muneribus electis et operis, c. t. b. possessione repellitur, sic mulier in edicto quod de alterutro est, cum suam explanaverit optionem, ne poenitentia possit ad aliud transire, etiam satisdatione cavetur praecavere, nisi si aetatis iuvetur auxilio] [18]).

Derjenige, welcher „agere ex testamento“ „*de hereditate* vult“ (oder „qui hereditatem petit“), d. h. der auf Geltendmachung des Rechts der *hereditas* Ausgehende [im Gegenſatz zu dem ad *fideicommissi* persecutionem adspirare cupiens [19])] ſoll ſo ſehr

16) Tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, ut etiam illud sanciamus, ut, si testator faciens testamentum in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit, *qui hereditatem petit ab ipsis intentionis exordiis* utrum velit eligendi habeat potestatem, *sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse.*

17) Ueber den Sinn der Worte „ceterasque similes“ ſ. meine Bon. Poss. II. 2. S. 144. und Fein in dieſem Commentar XLV. S. 284. A. 88.

18) Die eingeklammerten Worte fehlen im Juſtinianeiſchen Codex.

19) Gerade aus dem vom Geſetz ſelbſt (A. 15.) gemachten

Digitized by Google

nur ab intentionis exordiis eine hinterdrein nicht mehr rücknehmbare Wahl haben, daß er auch bei Erbittung der missio Hadriana gleich inter ipsa *huius iuris* auspicia seine Absicht zu erklären hat. Durch die missio wird er in die Beklagtenrolle versetzt, es hängt also gar nicht von ihm ab, wann es zum eigentlichen Erbschaftsproceß kommen wird. Doch aber soll die, im Gegensatz zum eigentlichen Proceß über das Erbrecht, bei Geltendmachung des Besitzeinweisungsrechts (huius iuris) gemachte Erklärung für ihn bindend sein. Und offenbar auch innerlich ganz passend. Denn durch dies petere der Besitzeinweisung schlägt der Honorirte in einer schon ganz zweifellosen Weise den der fideicommissi persecutio entgegengesetzten Weg ein, so daß das Gesetz ganz consequent [gleichartig den anderen von ihm citirten Electionsbeispielen [20])] in dem petere der Besitzeinweisung als dem entscheidenden Acte der Antretung der *hereditas* [21]) den Punkt finden konnte, bei dem die dem Honorirten offene Wahl zum Abschluß kommen mußte.

Gegensatz sieht man, daß es unter dem agere de hereditate nicht nothwendig erst die Anstellung der her. pet. bez. die Antwort auf die Klage versteht (Windscheid Pand. §. 631. A. 13.), sondern überhaupt das Einschlagen des der fideicommissi persecutio entgegengesetzten Weges, der aber schon in anderen Acten als den Proceßthatsachen der her. pet. deutlich hervortreten kann.

20) Vgl. auch die Ausführung von Fein XLV. S. 281—285.

21) Ganz so faßt es auch die Westgothische Interpretatio zu dem Gesetz: tunc *in primordio adeundae hereditatis* suam publicare non desinat voluntatem.

Digitized by Google

Uns interessirt hiebei die gesetzgeberische Bezeichnung dieses petere der Besitzeinweisung. Vorausgestellt wird das postulare der sec. tab. b. p., daran wird angeknüpft das der b. p. sec. nuncupationem, von welcher Bd. I. Ziff. 87. a. E. bereits bemerkt wurde, daß sie ex sententia praetoris an die sec. tab. angelehnt worden sei. An sich steht nun dies *postulare* der b. p. (sec. tab., sec. nunc., und der ceterae similes) nur als prätorische Antretungshandlung bez. civilrechtliches pro herede gerere (l. 12. C. de iure del. 6. 30.) da (A. 21). Aber die Verbindung mit der missio Hadriana führt doch noch auf ein Weiteres. Sollte nämlich aus dem petere der b. p. im Int. quor. bon. damals noch ein (von der her. pet. juristisch geschiedenes) besonderes Besitzeinweisungsrechtsmittel abzuleiten gewesen sein, so war dasselbe practisch jedenfalls ohne Bedeutung, indem im Rechtsleben der Gebrauch der *missio Hadriana* sich ganz an die Stelle des *postulare* der *b. p.* gesetzt hatte (ex more).

b) Noch deutlicher tritt dies Resultat aus den beiden Novellen Valentinian's III. (tit. 20. de testam.) v. J. 446. hervor[22]).

Nov. 1. §. 5. Cuius heres *ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequetur*, nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, *quam generaliter omnibus* [d. h. allen testamentarischen Erben] *relaxamus.*

Was bisher ex more schon bestanden hatte, wird hier noch einmal gesetzlich sanctionirt (vgl. oben Ziff. 51. A. 77.).

22) S. die genauere Erklärung dieser Stellen in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 148—156.

Digitized by Google

Nov. 2. §. 1. in fin: Scripto enim taliter sufficiet heredi, asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum quam nostrae praecipiunt sanctiones, *ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.*

Hier ist vom postulare der b. p. schon gar nicht mehr die Rede, vielmehr wird lediglich noch der missio Hadriana Erwähnung gethan.

c) Wir haben hiernach für die testamentarische Succession in den mitgetheilten Quellenstellen nur einen gewissermaßen negativen Hinweis. Es wird nicht gesagt, daß das Int. quor. bon. als Besitzeinweisungsverfahren gedacht werde, sondern nur daß die (das Int. quor. bon. zur Folge habende) petitio der testamentarischen b. p. außer Uebung gekommen sei durch das bequemere Besitzeinweisungsverfahren der missio Hadriana. Gerade wegen des Außerübungkommens des prätorischen Weges konnte man nicht wohl dazu kommen, zu sagen, daß das Int. quor. bon. in der testamentarischen Succession sich zu einem bloßen Besitzeinweisungsverfahren umgestaltet habe. Es war hier ja überhaupt nicht mehr gebräuchlich. Doch aber ist nicht zu verkennen, daß die Art der Zusammenstellung der missio Hadriana mit der für unnöthig erklärten petitio b. possessionis die Voraussetzung sehr nahe legt, es habe aus der petitio bonorum possessionis an sich auch ein Besitzeinweisungsverfahren, als welches dann nur das Int. quor. bon. denkbar ist, abgeleitet werden können. Dies ward denn auch nicht wirklich gesetzlich aufgehoben, sondern es kam nur wegen größerer Umständlichkeit [erst Erbittung der b. p., dann Interdictsanstellung] gegen-

Digitized by Google

über dem bequemeren Rechtsmittel außer Uebung (ex more), und durch Kaisergesetz wurde es für Alle, insbesondere auch für die prätorischen Testamente, lediglich zu einem nicht mehr nothwendig (necessitatem) zu beschreitenden Rechtswege herabgemindert (relaxamus).

d) Was wir im Bisherigen nur als eine verschleierte Hindeutung gefunden haben — daß nämlich die spätere Kaiserzeit in der testamentarischen Succession sich das Int. quor. bon. als ein der missio Hadriana parallel stehendes Besitzeinweisungsverfahren denkt, das tritt uns in einer sehr positiven Weise in der Combination zweier, der Zeit nach sehr nahe bei einander liegender Stellen des Theodosianischen Codex entgegen.

L. 22. Th. C. quorum appellationes non rec. 11. 36. (Valent. Val. et Grat.): In *interdicto quorum bonorum* cessat licentia provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis (Treviris. 12 Kal. Jun. 374).

L. 26. eod. (Grat. Valent. et Theod.): Quisquis, ne voluntas diem functi testamento scripta reseretur, vel ne hi, quos scriptos patuerit, heredes *edicti per divum Hadrianum conditi beneficium* consequantur, ausus fuerit provocare [23]) interpositamque appellationem cuius de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta et litigatorem, qui tam importune appellaverit, et iudicem, qui tam ignave conniventiam

23) Der Satz: „*cessat licentia* provocandi" brauchte bei der missio Hadriana nicht erst ausgesprochen zu werden, weil er schon nach classischem Rechte bestand; fr. 7. pr. de appell. recip. 49. 5. Bachofen Ausgew. Lehren des röm. Civilrechts S. 393.

Digitized by Google

adhibuerit, involvat. [l. 6. C. quor. app. n. rec. 7. 65.] (Treviris. Non. Apr. 379).

Daß diese beiden innerhalb fünf Jahren aus Trier erlassenen Gesetze aus demselben Grundgedanken hervorgegangen sind, und daß das Appellationsverbot beim Interdict aus dem schon für die missio Hadriana bestehenden Verbot sein Vorbild entnommen hat, ist nicht zu verkennen. Freilich bezieht sich nun das erstere Gesetz auf das ganze Int. quor. bon., also [wenn wir von der c. t. absehen, bei der in der That Interdict und her. pet. nach Obigem als materiell zusammengeflossen anzusehen sind] auf die gesammte, sowohl testamentarische wie intestate, reguläre Erbsuccession. Aber eben es geht auch auf die testamentarische Succession und ist hier gerade der Anknüpfungspunkt gewesen, der Appellation dann auch für die missio Hadriana eine Strafe aufzulegen. Also damals (374) [24]) muß in der testamentarischen Succession das Int. quor. bon. als ein Besitzeinweisungsverfahren angesehen worden sein. Es ist völlig undenkbar, daß die Kaiser ein die ganze materielle her. quaestio in sich fassendes Verfahren [wie wir uns das gegen den heres angestellte Int. quor. bon. des c. t. b. possessor zu denken haben] der Appellabilität hätten entziehen wollen. Das also, woran hier die Kaiser als das unter Verbot der Appellation gestellte Interdict lediglich denken können, muß ein die definitive *hereditatis quaestio* unberührt lassendes schleuniges Rechtsverfahren sein. Und diese Schleunigkeit wird ja auch von den Kaisern

24) Das Gesetz, worin die petitio b. possessionis gegenüber der missio Hadriana als „ex more" abgekommen bezeugt wird, ist erst 50 Jahre jünger.

Digitized by Google

ausdrücklich hervorgehoben. Freilich wird man für wenig maaßgebend halten dürfen, was ihre historischen Studien über den Einführungsgrund des Interdicts ergaben. Wir heutiges Tages sehen in dieser Hinsicht vermuthlich klarer als der Redacteur dieses Gesetzes von Valentinian Valens und Gratian. Aber die gesetzgeberische Bestimmung: es soll das Interdict nicht den iniuriae tarditatis unterworfen werden, behält dabei ihre volle Bedeutung, und um so mehr da sie offenbar mit der practischen Behandlung des beneficium edicti per divum Hadrianum conditi auf ganz gleicher Stufe steht.

67. — 3) Das Interdict im Gebiet der Intestatsuccession. — Ich knüpfe hier an das an, was oben Ziff. 50. Nr. 2. über den durch das Aufkommen der her. pet. poss. hervorgerufenen Untergang der b. p. sine re gesagt worden ist. Die b. p. sine re hatte, gegenüber einem vorhandenen testamentarischen oder Intestat-heres, gerade in der Intestatsuccession ihr Hauptanwendungsgebiet. Der Wegfall der b. p. sine re muß also auf die practische Stellung des Interdicts in der Intestatsuccession ganz besonders modificirend eingegriffen haben. Die b. p. sine re enthielt die Rechtseinrichtung, daß der b. possessor mit dem Interdict siegreich zunächst die Herausgabe der corpora hereditaria auch dem heres gegenüber durchführen konnte, ohne daß dieser aus seinem heres-sein (abgesehen von besonderen Ausnahmen) ein Vertheidigungsmittel herzunehmen im Stande war. Der heres konnte dann aber hinterdrein mit der her. petitio die b. p. zur sine re machen. Wenn nun nach dem Aufkommen der successionis vindicatio nothwendig in dem bisherigen An-

Digitized by Google

wendungsgebiet der b. p. sine re der vorberechtigte heres auch gleich im Interdictsproceß allgemein sein heres-sein mußte vorbringen dürfen, so heißt das soviel als: im bisherigen Gebiet der b. p. sine re, d. h. also überwiegend in der Intestatsuccession, geht das Interdict nicht mehr (siegreich) gegen den *heres*, oder, wie man auch sagen kann, es geht nur noch gegen den *pro herede* und *pro possessore possessor*. Hatte daher Jemand dem Worte nach das Interdict angestellt, der heres aber durch Konstatirung seines heres-sein gesiegt, so war in dem Proceß in Wahrheit die hereditatis quaestio erledigt, der Proceß also effectiv von dem der her. pet. poss. gar nicht unterschieden [25]).

Die Folge hievon konnte ein Doppeltes sein. Entweder man sagte: Interdict und her. petitio ist in Wahrheit nicht mehr unterschieden; das Interdict ist in der her. petitio aufgegangen (so denkt sich Savigny die Sache). Oder man nahm an: indem jetzt jeder Intestaterbfolger die hereditatis petitio hat, also in dieser Hinsicht wie ein heres dasteht, so muß das beneficium der b. p. außer der successionis vindicatio noch darin *aliquam utilitatem* habere, quod is qui ita b. possessionem petit, interdicto, cuius prin-

25) Ebenso wie auch das Interdict des c. t. b. possessor gegen den script. heres mit der her. pet. poss. zusammenfließt. — Das im Text Gesagte habe ich bereits in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 170. ausgesprochen. Savigny S. 294. 307. 311. hat diesen Satz so verstanden, als wenn ich meinte, seit Diocletian sei „das Interdict eine wahre her. petitio, die nicht mehr gegen den heres angestellt werden konnte", geworden. Meine Ansicht ist aber gerade die entgegengesetzte.

Digitized by Google

cipium est quorum bonorum, (in einer die hereditatis quaestio nicht involvirenden Weise) uti possit. Dies Letztere ist meiner Meinung nach das aus den Quellen sich Ergebende.

a) Es folgt dies schon aus dem eben mitgetheilten Gesetz über die Ausschließung der Appellation beim Interdict. Dies Gesetz umfaßt ohne Zweifel auch das Intestat-Anwendungsgebiet des Interdicts. Es ist aber nicht denkbar, daß die Kaiser die Appellation für ein Rechtsmittel, das die definitive hereditatis quaestio in sich faßte, hätten verbieten können. Sie mußten eine Gestalt des Interdicts vor Augen haben, wonach es nicht hereditatis quaestionem enthält, also nicht gegen den *heres* angestellt wird.

b) Im Codextitel *quorum bonorum* finden sich zwei Stellen, die die Verwendung des Interdicts auf dem Gebiete der Intestatsuccession betreffen. Die eine ist von Diocletian und Maximian, denen nach dem Obigen der Begriff der successio (Ziff. 47.) und die dem b. possessor gegebene successionis vindicatio (Ziff. 49. A. 51.) feststehende Dinge sind. Das Rescript knüpft genau an den „tenor edicti" an[26]), es hat wohl fremde Besitzer der corpora hereditaria vor Augen, so daß die ganze Frage von Erledigung der

26) L. 2. C. quor. bon. 8. 2. (294—305): Si *ex edicto*, sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita b. possessione quaesisti successionem ac negotium integrum est [meine Bon. Poss. I. S. 387. A. 7.], quae cum moreretur eius fuerunt, secundum interdicti quorum bonorum tenorem ab his qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint quo magis desierint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet.

Digitized by Google

hereditatis quaestio im Interdictsproceß gleichgültig war. Jedenfalls ist irgend ein Moment der Ausschließung der definitiven hereditatis quaestio, wie sie siebenzig Jahre später das Gesetz über Unzulässigkeit der Appellation involvirt, hier bei Diocletian noch nicht zu erkennen. Deßhalb wird man auch sagen müssen, daß die Weglassung des die pro herede usucapio betreffenden Interdictspassus (vgl. Bd. I. dieser Serie S. 376. A. 77. S. 378.) hier keinerlei anderen Grund hat, als weil er nach dem vorliegenden Rechtsfall nicht in Betracht kam.

Die andere Stelle, eine der meistbesprochenen in der ganzen Lehre, kann noch immer nicht als zu abschließendem Verständniß gebracht betrachtet werden. Es ist nöthig, die doppelte Gestalt, die sie im Theodosianischen und Justinianeischen Codex hat, hier vor Augen zu führen.

L. un. Th. C. quor. bon. 4, 21. (Arcad. et Honor. 395): Quid iam planius, quam ut heredibus traderentur, *quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset*, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? §. 1. Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium omnium responsa tum

L. 3. C. quor. bon. 8. 2. — Constat, virum a bonis intestatae uxoris, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium

Digitized by Google

lex ipsa naturae successores eos faciat. §. 2. Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut *omnibus frustrationibus amputatis* in petitorem corpora transferantur, *secundaria actione proprietatis non exclusa.*

omnium responsa et lex ipsa naturae successores eos faciat. Ergo iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis per interdictum quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, secunda actione proprietatis non exclusa.

Die alte Anſicht, wonach unter proprietatis actio die hereditatis petitio zu verſtehen wäre, iſt als eine endgültig widerlegte [27]) hier nicht weiter in Betracht zu zu ziehen. Aber wenn auch feſtſteht, daß in dieſer Stelle es ſich um den Gegenſatz der Eigenthumsfrage an einzelnen Sachen, alſo der rei vindicatio, und der Geſammteinforderung der bis zum Tode vom Erblaſſer beſeſſenen corpora hereditaria handelt, ſo iſt man damit noch weit von einem ſtreitloſen Verſtehen der Stelle entfernt. *a*) Zunächſt iſt feſtzuſtellen, wie gegenüber der *her. petitio* ſich die parallele Frage von der Zuläſſigkeit des Vorbringens der quaestio dominii verhält [28]). aa) Arndts hat in dieſer Hinſicht in Uebereinſtimmung mit Francke die Anſicht aufgeſtellt [29]), daß der gegen den pro herede oder pro possessore possessor mit der her. pet. Auftretende durch den Nach-

27) Savigny, Verm. Schr. II. S. 221; Arndts, Beitr. S. 43. A. 68; Vgl. meine Bon. Poss. II. 2. S. 198.

28) Ich habe dieſelbe Bd. I. dieſer Serie Ziff. 53. bei A. 48. nur erſt andeutend bei Seite gelegt.

29) Arndts, Beitr. I. S. 38 ff.; Francke, N.E.R. S. 101 ff. — Vgl. Seuffert, Arch. XVIII. Nr. 95; Zimmermann im Arch. f. civ. Pr. XXIX. S. 462.

Digitized by Google

weis, daß die corp. hereditaria mortis tempore im Besitz des Erblassers gewesen, den Beklagten zwinge, mittelst exc. dominii das Eigenthum an den einzelnen nach dem Tode besitzfreien und von ihm ergriffenen Sachen darzuthun. Weitergehend hat dann Vangerow (Pand. II. §. 505. S. 404.)[30]) nicht einmal mehr diese exceptio dominii dem Beklagten gestattet, sondern in der hereditatis petitio dem Beklagten als eigenmächtigem Ergreifer der besitzfreien Sachen des Nachlasses zunächst die Pflicht der Herausgabe aufgelegt, und ihm nur offengehalten, hinterdrein gegen den Sieger auf die betreffenden Einzelsachen die rei vindicatio anzustellen. Als entgegengesetztes Extrem hat Savigny (Verm. Schr. II. S. 267. 268.) dem gegenüber den Satz vertheidigt, daß die her. pet., als gegen den pro herede und pro possessore Besitzenden gerichtet, gar nicht gegen den aus Singulartitel sich das Eigenthum zuschreibenden Besitzer durchführbar sei, mithin Letzterer durch bloße Aufstellung der exceptio dominii ohne allen Beweis die her. pet. ausschließe und den Kläger zwinge, seinerseits auf diese Sachen die rei vindicatio anzustellen. — bb) Diese letztere Ansicht halte ich jetzt (A. 28.) für die richtige[31]). Nach der Darstellung,

30) Dem dann Arndts, Rechtslexikon V. S. 211. beigetreten ist. Auch ich habe diese Ansicht in meiner Bon. Poss. I. S. 321. vertheidigt. Seuffert, Arch. XVIII. S. 150.

31) L. 4. C. in quib. caus. cess. 7. 34. (Diocl. et Max.): Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed *pro emto vel donato seu alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident*, cum *ab his successio vindicari non possit*, nihil haec iuris definitio noceat.

Digitized by Google

die ich im ersten Bande dieser Serie S. 242 ff. vom pro possessore possessor gegeben habe, halte ich es für unmöglich, „vor allem denjenigen" unter diesen Begriff zu stellen, „welcher eigenmächtig die besitzlosen Sachen des Nachlasses occupirt hat, ohne sich für den Erben zu halten", auch wenn er es „in der Meinung Eigenthümer zu sein that" [32]). Einen sicheren Fall, in dem der nach dem Tode eigenmächtig Besitzergreifende doch nicht pro herede oder pro possessore possessor ist, habe ich im vorigen Bande S. 247. A. 53. besprochen: für einen abwesenden Miterben, der schon vor dem Erblasser verstorben war, nimmt sein ihn beerbender Sohn, der den Tod seines Vaters nicht erfahren hat, jenen Erbtheil in Besitz; hier kann er [abgesehen von negotorium gestorum actio und von der Frage der iuris possessio] als pro herede oder pro possessore possessor von anderen Miterben mit der her. petitio nicht belangt werden, es wäre also gegen ihn nur das „singulas res petere" (Ziff. 49.) möglich. Um so viel mehr kann ein im Glauben Eigenthümer zu sein oder auf Grund des wirklich vorhandenen Eigenthums die besitzfreie Sache Ergreifender unmöglich unter den Gesichtspunkt des pro herede oder des pro possessore possessor, gegen die ja allein die her. petitio geht, gebracht werden. Ein Freund des Erblassers, der demselben kurz vor dessen Tode sein Buch oder Pferd geliehen hatte, und ihm die Augen zudrückte, wird doch ohne Bedenken sein Buch oder Pferd aus des Verstorbenen Zimmer oder Stall gleich mit heimnehmen dürfen, ohne von der her. petitio der entfernt abwesenden und spät antretenden Erben als pro

32) Arndts, Beitr. S. 38.

Digitized by Google

possessore possessor etwas fürchten zu müssen. — cc) Immerhin aber wird man doch genauer die processualische Sachlage für die verschiedenen hier denkbaren Fragen festzustellen haben. Ein pro herede possessor kann immer nur als ein nach des Erblassers Tode Besitzergreifender gedacht werden; hier ist also die reguläre Voraussetzung, daß die Sachen „in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset". Dagegen pro possessore possessores sind mehrfach auch schon vor dem Tode des Erblassers in den Besitz kommend denkbar (Bd. I. dies. Ser. S. 243. 246). Bei diesen Letzteren muß ohne Frage der Beweis des mit der her. pet. Klagenden auf dies Factum der beklagtischen Besitzerlangung gerichtet sein[33]). Im Uebrigen kann der klägerische Beweis nur darauf gehen, daß der Erblasser die Sachen bis zum Tode besessen und der Beklagte sie nachher in Besitz genommen habe, wonach dann der Beklagte gezwungen werden kann zu sagen („dicere"), ob er pro possessore oder pro herede besitze (Bd. I. dies. Ser. S. 242. A. 48). Und Letzteres kann doch nur so verstanden werden, daß

33) Seuffert, Arch. XI. Nr. 59: „Es ist nicht erforderlich, daß der Beklagte den Besitz ursprünglich aus einem anmaßlichen oder nichtigen Grunde erlangt habe. Der Ehemann, welcher von seiner Ehefrau Vermögen als Dotal- oder Paraphernalgut bekommen hat; der Vater, der Vermögen seiner Kinder, welches dieselben von ihrer Mutter geerbt haben, als peculium adventitium besessen hat, kann daher, nachdem die Ehe durch den Tod getrennt, bezw. die väterliche Gewalt aufgehoben ist, von den Kindern und Erben seiner verstorbenen Ehefrau wegen des bezeichneten Vermögens mit der her. petitio belangt werden".

Digitized by Google

er bloß dann als pro herede possessor anzusehen ist, wenn er dies bestimmt in Anspruch nimmt. Im Uebrigen, wenn er interrogatus cur possideat lediglich responsurus sit: „quia possideo“ (fr. 12. de her. pet.), so gilt er zunächst als pro possessore possessor, indem auch der „nach dem Tode des Erblassers Erbschaftssachen mit dem offen erklärten Willen, sich nicht pro herede geriren also auch nicht pro herede usucapiren zu wollen“, Besitzergreifende[34]) unter den Begriff des „invasor der bona hereditaria sciens ad se non pertinere“ fällt. Also: bei vorliegendem klägerischen Beweise der beklagtischen Besitzergreifung nach dem mortis tempus gilt Beklagter, der sich nicht für einen pro herede possessor erklärt, zunächst als pro possessore possessor[35]). — Demgegenüber steht es dem Beklagten, der zunächst nicht gezwungen werden kann, den Singulartitel seines Besitzes anzugeben (Bd. I. dies. Ser. S. 342. A. 48), von sich aus frei, mit dem „dicere“ dieses seines Titels vorzugehen. Es ist das keine Vorschützung einer (von ihm zu beweisenden) *exceptio* dominii[36]), sondern es ist Negation der zunächst aus den klägerisch vorgelegten Momenten zu entnehmenden pro herede[37]) bez. pro possessore possessio. Darum trifft hier

34) Bd. I. dieser Ser. S. 243 ff.; vgl. auch l. 4. C. unde legit. 6. 15: tenuerit quis res hereditarias sine voluntate acquirendae sibi hereditatis.

35) Diesen Satz hat bereits Savigny, wenn gleich in anderer Fassung und Verwendung (S. 269.), ausgesprochen.

36) Savigny S. 268.

37) Seuffert, Arch. XV. Nr. 234.

Digitized by Google

den Beklagten keine Beweislast[38]), sondern die Negation zwingt den Kläger [directen Gegenbeweis vorbehältlich], die Sachlage, deren äußerliche Erscheinung bisher nur vorgelegt war, nunmehr ihrer ganzen inneren Bedeutung nach darzuthun, d. h. zu erweisen, daß das beklagtische „dicere" des Singulartitels eine bloße Ausflucht sei, unter der sich in Wahrheit doch eine wirkliche pro possessore possessio verstecke[39]). Kann der Kläger Derartiges nicht vorbringen, so ist die im Glauben an einen Singulartitel vorgenommene Ergreifung der besitzfreien Sache ein an sich rechtsgültiges, mit der her. pet. nicht verfolgbares, Factum, und es bleibt dem Erben nichts übrig, als gegen den jetzigen Besitzer „singulam rem petere"[40]).

β) Nun erst kann zu der Frage zurückgekehrt werden, wie sich das Vorbringen der quaestio dominii gegenüber dem Interdict *quor. bon.* stellt. Nach §. 1. der Theodosianischen Gestalt unserer Stelle wird

38) Seuffert, Arch. V. Nr. 203.

39) Denn wenn z. B. von Zwei sich das Eigenthum einer Sache Bestreitenden der Nichtbesitzer, der bisher gegen den Besitzer nicht klagen mogte, dessen Tod abwartet, und dann eiligst in der Besitzergreifung der Sache den Erben zuvorkommt, um sich die Beklagtenrolle zu erobern, — so wird man (auch wenn er von seinem Eigenthumsrecht überzeugt ist) sagen müssen, daß der Anspruch des Erblassers auf die Beklagtenrolle ein zu den bona gehöriges materielles Recht ist, und daß in dieser Hinsicht jener doch „bona hereditaria invasit sciens ad se non pertinere". Vgl. auch Seuffert, Arch. XVI. Nr. 128.

40) Seuffert, Arch. IX. Nr. 311. — Ueber die Cumulation von her. pet. und Einzelklage vgl. Windscheid, Pand. §. 615. A. 14. a. E.

Digitized by Google

das Interdict für die Inteſtatſucceſſion den consanguinei im Vorzug vor dem Ehegatten eingeräumt, im §. 2. wird zu beſtimmten Diſpoſitivworten formulirt, was vorbereitend im pr. als allgemeiner Gedanke[40a]) ſchon vorausgeſtellt war[41]). Die Kaiſer ſagen: es ſollen nicht bloß überhaupt nach den responsa prudentium und der lex naturae die consanguinei dem überlebenden Ehegatten vorgehen, ſondern es ſoll ihnen

40a) Die Faſſung des allgemein fragenden Principium führt von ſelbſt auf den Gedanken, daß der Rechtsſatz von der einſtweiligen weiterungsloſen Tradition der bis zum Tode vom Erblaſſer beſeſſenen corpora unter Reſervation der petitoriſchen Klage ſchon anderweit beſtanden haben muß, und nun als ein von den Kaiſern gebilligter nach dem §. 2. auch für das Interdict quorum bonorum zur Anwendung gebracht wird. Ueber dieſen Anknüpfungspunkt ſ. unten A. 45.

41) Der aus J. Gothofred (ad Th. C. h. t. I. p. 406.) adoptirten Vermuthung Savigny's [S. 224; vgl. auch Arndts, Beitr. S. 41.], daß der §. 2. von einem ganz neuen Fall ſpreche, nämlich von einem petitor, dem der Fiscus die Erbſchaft geſchenkt hätte, widerſpricht doch ſchon die Weſtgothiſche Interpretatio, die den Inhalt des pr. und des §. 2. noch prägnanter als gleichartig hinſtellt: Justum esse decernimus, ut, quodcunque auctor usque in diem vitae suae tenuerit, *petentibus heredibus debeat consignari, illi postea, cui competit, actione servata.* . . . . . tradere mox sine ulla dilatione praecipimus et maritum proponere minime prohibemus, *si quas sibi competere putaverit actiones.* — Das Wort „petitor" beweiſt keineswegs den von Gothofred ſupponirten Fall, wenn auch die „petitiones" in jenem beſonderen Sinn vorkommen; vgl. Cod. Theod. 10. 10. „de petitionibus et ultro datis et delatoribus".

Digitized by Google

durch das Int. quor. bon. in Gemäßheit dieses unvergänglichen Gesetzes noch überdies (insuper) [42]) der besondere Vortheil offenstehen, daß der Beklagte (Ehegatte), ohne die quaestio dominii an den einzelnen corpora im Interdictsproceß vorbringen zu dürfen, die Nachlaßsachen zunächst restituiren und hinterdrein seinerseits die rei vindicatio anstellen muß. Und dasselbe sagt auch die Justinianeische Fassung, nur daß hier das vorbereitende Principium als ein unnöthiger Pleonasmus weggelassen ist. — Es wurde so eben nachgewiesen, daß es bei der her. petitio zulässig ist, dem Kläger die frustrationes der Vorbringung der dominii quaestio zu machen und ihn zu zwingen, die rei vindicatio anzustellen. Die Kaiser gewähren jetzt dem Int. quor. bon. das bedeutende Privilegium [obgleich es ja an sich, als ebenfalls gegen den pro herede und pro possessore possessor gerichtet, in dieser Hinsicht der her. pet. ganz gleichsteht, und auch bis dahin gleichgestanden haben muß], alle aus der Eigenthumsvorbringung sich ergebenden Weitläufigkeiten abzuschneiden (omnibus frustrationibus amputatis). Also sie haben gerade zur Voraussetzung, damit die Berufung auf den Singulartitel (der nur der Weg späterer Klage offen stehen soll) im Interdictsproceß „amputirt" werden könne, daß die Berufung hier vorgebracht war. Es scheint mir danach die Savigny'sche Vermuthung, wo-

42) Also dies ist offenbar etwas Neues, dem bisherigen, auf responsa prudentium und lex naturae beruhenden, Rechte Entgegengestelltes. — Justinian läßt dann bei dem schon eingelebten Gesetz die besondere Betonung des Neuen (mansura perpetua sanctione) weg, und ändert das: „insuper etiam" in: „ergo".

Digitized by Google

durch er der Beweiskraft der Stelle zu entgehen sucht, völlig unmöglich (S. 269): „man kann den Rechtsfall der Stelle so verstehen, daß darin die exceptio dominii gar nicht vorgeschützt war, und die Kaiser wollten nur aus Vorsicht hinzufügen, dem jetzt verurtheilten Beklagten bleibe es künftig immer noch unbenommen, mit einer rei vindicatio die Sachen wiederzufordern".

Das Gesetz ist vom Jahr 395; es schließt sich[43]) im Charakter ganz an jenes vom Jahr 374 (Ziff. 66) an, worin die Appellation beim Interdict verboten wurde.

c) Ganz diesem Charakter entsprechend ist es, daß dieselben Kaiser drei Monate früher, (ebenfalls aus Mailand, Olybrio et Probino Coss.) in l. 9. Th. C. de infirm. his quae sub tyr. 15. 14, einem Gesetz, welches zusammenstellt, welche einzelne tyrannicis temporibus vorgenommene Rechtsacte Gültigkeit haben sollen, unter Anderem auch Folgendes sagen[44]):

Bonorum amissa (admissa) possessio et affectus adeundae hereditatis obtineat, et *interdicti beneficium non amittat*, d. h. „wer eine prätorische oder civile Erbantretung vorgenommen hat, der soll sich

43) Richtig sagt Brinz, Pand. S. 690: „eine derartige Neuerung mogte mit der Ausbildung des Interdicts zum summarischen Rechtsmittel neueren Sinns zusammenhängen; auf die hereditatis petitio kann sie nicht übertragen werden". S. auch Seuffert's Arch. XVIII. Nr. 94. und meine Bon. Poss. II. 2. S. 200. A. 90. — Windscheid, Pand. §. 614. A. 5. §. 615. A. 14.

44) S. die genauere Erklärung in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 215. 216.

Digitized by Google

darauf berufen dürfen, und wer das Beneficium des Interdicts erworben hat, der soll es nicht verlieren". Hier wird also das Interdict ebenso ein Beneficium genannt, wie in jener die Appellation untersagenden Constitution vom J. 379. die missio Hadriana (Ziff. 66. Nr. d). Die Admission der b. p. und der Affectus der Adition sind, wie ihre Folge: die successionis vindicatio, nach dem damaligen Rechte keine beneficia. Wenn nun der Antretung gegenüber des Interdict als Beneficium bezeichnet wird, so paßt das ganz zu der in den übrigen Gesetzen uns mitgetheilten Behandlung dieses Rechtsmittels. Man faßte es, gleichartig der missio Hadriana, unter Ausschließung der Appellation und gewisser Einreden und überhaupt unter Betonung des Satzes, daß das beneficio celeritatis inventum nicht den iniuriae tarditatis verfallen solle, als ein Rechtsmittel, welches, abgesehen von der definitiven durch successionis vindicatio zu erledigenden hereditatis quaestio, dem als Nächstberufen Auftretenden „aliquam utilitatem" in der raschen Erlangung der corpora hereditaria gewähren solle[45]). Welche Nachweisungen

45) Noch in einem Punkte läßt sich eine directe Herüberwirkung von der missio auf das Interdict zwecks Vereinfachung und also Beschleunigung des Verfahrens des Letzteren erkennen. Das Interdict ging an sich auf Alles *„quod de his bonis"* der Bekl. pro herede oder pro possess. possidet (fr. 1. pr. quor. bon.), und zu dem pro possessore Besessenen kann auch schon vor dem Tode des Erblassers Innegehabtes (A. 33.) gehören. Auch die Diocletianische l. 2. C. quor. bon. (A. 26.) hält in den Worten: „quae cum moreretur eius fuerunt" noch ganz den Edictsstandpunkt fest. Nun aber hat die missio Hadriana, offen-

Digitized by Google

dem Kläger abverlangt wurden, um ihn in dem neueren Sinn als „ex edicto“ zu diesem Beneficium befugt erscheinen zu lassen, darüber haben wir keine Quellennachrichten. Man wird aber doch wohl schwerlich irre gehen mit der Annahme, daß man hier auch für die Intestatsuccession, analog den Erfordernissen der missio Hadriana, eine unter richterlichem Ermessen stehende äußerliche Bescheinigung oder Wahrscheinlichmachung des Erbrechts gefordert haben wird.

68. — III. Ganz entsprechend dem trägen Fortschleppen eines zum Theil wesenlos gewordenen Rechtsmaterials in der späteren Kaiserzeit ist die Reception des Interdicts quor. bon. in die Justinianeische Compilation.

1) Das Interdict, soweit es gegen den heres gerichtet wird und hereditatis quaestionem in sich aufnimmt, insbesondere das Interdict des c. t. b. possessor, ist in der Kaiserzeit nie aufgehoben worden.

bar zur Gewinnung eines sehr leicht herstellbaren klägerischen Beweises, einen ganz anderen Gesichtspunkt aufgestellt: Paul. sent. VI. 5. §. 16: in possessionem earum *rerum quas mortis tempore testator non possedit*, heres scriptus . . . improbe mitti desiderat. Diesen Gesichtspunkt eignet sich nun die l. un. Th. C. quor. bon. an: *quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset*, und durch diese Anknüpfung an die missio bekommt überhaupt erst das allgemein fragende Principium das richtige Verständniß (A. 40a). Freilich könnte man nun meinen, daß Justinian durch Weglassung des Principium die hier vorliegende Verengerung des einzuklagenden Gegenstandes für das Interdict wieder habe streichen wollen, — aber doch wohl mit Unrecht.

Digitized by Google

Justinian, der in dem Digestentitel quorum bonorum das gesammte Edictsrecht, so wie es im vorigen Bande dieser Serie geschildert worden, zur Grundlage des von ihm aufgenommenen Rechtsmittels macht, läßt dasselbe in behaglichem Conservativismus auch für die c. t. bestehen, und läßt diese Seite des Interdicts durch die l. 1. im Codextitel äußerlich repräsentiren. Aber das kann doch nicht hindern, daß wir in dieser Hinsicht der Savigny'schen Ansicht beistimmen müssen, daß hier das Interdict ein ganz wesenloses Scheingebilde, zusammenfließend mit der her. pet. possessoria, ist. Also wirklich selbständigen Bestand können wir für das Interdict nur in der testamentarischen und Intestatsuccession suchen.

2) Aber auch in dieser Fassung repetirt sich das eben Bemerkte. Justinian nimmt das Interdict für die testamentarische Succession entschieden auf, aber er recipirt zugleich, wenn auch nicht die Valentinianische Novelle (Ziff. 66. Nr. 2. b.), doch die l. 8. C. de codicill. (Ziff. 66. Nr. 2. a.), wodurch er also bestätigt, daß das: *mitti se in possessionem ex more petere* an die Stelle des petere der b. p. zwecks Besitzeinweisung getreten ist[46]). Danach wird denn auch die testamentarische Succession im Codextitel quorum bonorum durch gar keine Stelle repräsentirt. Also auch hier kommen wir zu dem Resultat, daß das Interdict zwar

46) Wohl daher mag es veranlaßt sein, daß man aus dem Theodosianischen Codex die die Appellation bei der missio verbietende Stelle in den Justinianeischen Codex aufgenommen (Ziff. 66. Nr. 2. d.), die parallele aufs Interdict bezügliche aber weggelassen hat, wodurch denn die Frage offen geworden ist, wie sich die Appellabilität bei Justinian für das Interdict der Intestatsuccession stellt.

Digitized by Google

nicht de iure aufgehoben, aber doch wegen Vorhandenseins eines anderen Verfahrens zu einem ganz wesenlosen Scheinbestande herabgedrückt ist.

3) Als reell noch offenes Gebiet für das Interdict bleibt danach nur die Intestatsuccession, auf die sich im Codextitel l. 2 u. 3 beziehen. Damit stimmt denn auch Folgendes ganz zusammen. Oben ist der (vgl. Ziff. 67.) aus dem Wegfall der b. p. sine re mit Nothwendigkeit sich ergebende Satz: daß in so weit das Interdict nicht mehr gegen den *heres* gehe, festgestellt worden. Da nun, wo in der Justinianeischen Compilation sicher von der practischen Verwendung des Interdicts, also von dem ihm noch offenen Anwendungsgebiet, die Rede ist, — in den Institutionen — eignet sich Justinian durch seine Aenderung des Gaiischen Textes diesen Satz als einen ihm vollbewußten an. Nachdem am Schluß des Institutionentitels de b. p. auf das noch geltende besondere, durch Agnition zu erlangende „beneficium" hingewiesen worden ist (Ziff. 55. Nr. 2), führt dann der §. 3. J. de Int. 4. 15. die practisch bestehenden Regeln des Interdicts vor, deren Verschiedenheit von dem zu Gaiu's Zeit Geltenden unmittelbar durch die Nebenstellung des Gaiischen Textes in die Augen springt[47]):

Gai IV. 144: Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est „quorum bonorum". eiusque vis et potestas	§. 3. J. de Int.: Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur quorum bonorum. eiusque vis et potestas

47) Vgl. meine Bon. Poss. II. 2. S. 171.

Digitized by Google

haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore [possidet, dolove malo fecit quominus] possideret, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur. *pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse.* pro possessore cet.

haec est, ut quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. *pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse.* pro possessore cet.

So ist denn also in dem bei Justinian practisch verwendbaren Rechte das Interdict quorum bonorum für die Intestatsuccession ein der missio Hadriana gleichartiges[48]), die Einmischung der Eigenthumsfrage ausschließendes, Beneficium der möglichst raschen Besitzeinweisung in die corpora hereditaria gegenüber dem *pro herede* und *pro possessore possessor* geworden. Die hereditatis quaestio wird darin nicht definitiv festgestellt. Die Frage über die „wahrscheinliche" Nächstberechtigung zur Intestatsuccession ist nach Analogie der missio Hadriana dem richterlichen Ermessen überlassen. Zu diesem Beneficium ist

48) Danach ist die für die missio Hadriana geltende Ausschließung der Appellation nach Justinians vermuthlicher Intention auch für das Interdict der Intestatsuccession analog zu verwenden, wenngleich jenes die Appellation beim Interdict besonders verbietende Gesetz in die Compilation keine Aufnahme gefunden hat.

Digitized by Google

bei Justinian noch der ganze Apparat des successorium edictum und der bonorum possessionis agnitio vor dem Richter in bestimmter Frist festgehalten, was aber unser deutsches Rechtsleben nicht mehr anerkannt hat (Ziff. 56. 57.). Im Uebrigen gelten für dies Interdict quorum bonorum noch durchaus die Grundsätze, die in dem ersten Bande dieser Serie als aus dem älteren Edictsrechte stammend dargestellt worden sind.

69. — IV. Das deutschgemeinrechtliche Recht des Einsatzes. „Mit dem technischen Worte: Einsatz oder gerichtlicher Einsatz wird schon seit Jahrhunderten [Bd. I. dies. Ser. S. 21.] das in Deutschland entschieden anerkannte Recht des Richters bezeichnet, bestimmte Personen in Folge einer summarischen Untersuchung in den Besitz der Erbschaft einzuweisen, so daß die definitive Feststellung des Erbrechts dem Proceß der hereditatis petitio überlassen bleibt. Es ist unzweifelhaft, das dies Recht des Einsatzes durchaus auf römischer Grundlage ruht. Es werden damit die missio Hadriana und das Int. quor. bon. in einem einzigen Worte, und als ein einziges Institut, zusammengefaßt“ [49]).

Daß Mission und Interdict sich schon in der späteren Kaiserzeit als gleichartig an einander geschlossen hatten, ist so eben gezeigt worden. Daß sie aber als ein einheitliches Institut betrachtet werden, findet seinen Erklärungsgrund in dem deutschrechtlichen

49) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 465. 466. Vangerow, Pand. §. 509. S. 427. Sintenis, Civilrecht III. §. 193. Arndts, Pand. §. 535. Unger, Berl. Abh. S. 20. Randa, Erw. der Erbsch. S. 45. A. *.

Digitized by Google

oben in seinen Verzweigungen weiter dargestellten Gedanken (Ziff. 60. ff.), daß der Richter die Rechtsstellung über die Verlassenschaft hat, einerseits dem von Anderen gehinderten Erben die sofortige Einweisung in den Besitz zu gewähren, und andererseits im Fall des Nichtauftretens des Erben selbst in die Gewere einzutreten [50]). Dieser Grundgedanke hat auch noch zu anderen, der römischen iurisdictio voluntaria angepaßten, richterlichen Schützungsbefugnissen über die Erbschaft, insbesondere dem Recht der Versiegelung [51]), geführt.

Was speciell das richterliche Besitzeinweisungsrecht betrifft, so hat sich dies bei uns in Deutschland gemeinrechtlich ganz dem im römischen Recht in dieser Hinsicht vorgefundenen Rechtsmaterial, also den Vorschriften über die missio Hadriana und das Interdict quorum bonorum, angepaßt. Namentlich hat man auch immer die aus ihrer historischen Entwicklung einmal vorhandenen kleinen juristischen Verschiedenheiten, wie sie das Corp. iuris bietet, befolgt [52]), und beide Rechtsmittel einfach auf Grund der l. 8. C. de codicill. so auseinandergelegt, daß die Mission das (ex more an die Stelle der b. p. sec. tab. getretene) Besitzeinweisungsverfahren der testamentarischen, das Interdict das der Intestatsuccession sei [53]). Insbeson-

50) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 465. A. 2.

51) Unger, Verl. Abh. S. 21.

52) Die Darstellung wird deßhalb unten in den Ziffern 70. 71. beide Rechtsmittel auch äußerlich trennen.

53) Die Nachweisungen hierüber habe ich in meiner Bon. Poss. II. 2. S. 668 ff. gegeben. Vgl. noch Seuffert, Arch. II. Nr. 77. — Von einem besonderen Besitzeinweisungsrechtsmittel des c. t. b. possessor, das

Digitized by Google

dere behandelte man das Interdict stets als ein von aller vorgängigen Agnition der b. p. befreites Rechtsmittel, wobei man als rechtfertigenden Anhaltspunkt noch insbesondere den Satz verwendete, daß nach der (mißverstandenen) l. 1. C. quor. bon. das utile interd. quor. bon. überhaupt jedem heres zustehe[54]).

Zwei Puncte sind es vorzugsweise, in denen sich die fortdauernde Triebkraft des alten deutschrechtlichen Grundsatzes über das als ein einheitliches Ganzes gedachte richterliche Besitzeinsetzungsrecht gezeigt hat.

1) Rücksichtlich des Gegenstandes des Einsatzes. Während das röm. Recht sowohl für Mission wie Interdict nur die *corpora hereditaria* in Betracht zieht[55]), also insbesondere keine Forderungen als Gegenstand zuläßt, — ja während sich schließlich hier noch eine Verengerung auf die bis zum Tode des Testators besessenen corpora vollzieht (Ziff. 67. A. 45.), — hat unser deutsches Rechtsleben das Streben, den ganzen Nachlaß als Gegenstand des Einsatzes zuzulassen. So

schon nach richtig verstandenem Rechte der Justinianeischen Compilation nicht mehr existirt, kann für den das formelle N.E.R. nach den Novellen und nach deutschem Gem.R. überhaupt nicht mehr Anerkennenden ohnehin nicht die Rede sein.

54) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 469. — Vgl. Ziff. 49. A. 55. u. Ziff. 66. A. 12. — Seuffert Arch. VII. Nr. 71. Sintenis S. 574. A.

55) Bd. I. dieser Serie S. 407. Paul sent. III. 5. §. 15: „rerum hereditariarum", §. 18: „rerum"; Nov. Valent. III. tit. 20. [Ziff. 66. A. 22.] 1: „hereditaria corpora"; 2: „in hereditariorum corporum possessionem"; l. 3. C. de ed. Hadr. 6. 33: „possessionem earum rerum". Meine Bon. Poss. II. 2. S. 482. A. 1. Randa, Erw. d. Erbsch. S. 46. A. *.

Digitized by Google

würde er jedenfalls wohl immer in Oesterreich behandelt werden[56]); so ist im Preußischen Recht die missio Hadriana (Ziff. 61. A. 69.) auf „die Erbschaft" gerichtet; so nimmt das sächsische Gesetzbuch (Ziff. 63.) den Einsatz in den Besitz „der Erbschaft" an. Aber eine gemeinrechtliche Feststellung dieser Erweiterung ist doch nicht nachweisbar[57]), wenn man auch zugeben muß, daß particularrechtlich Praxis oder Statut die Erweiterung zweifellos an manchen Orten zugelassen hat. In dieser Hinsicht mag noch einerseits auf die bei Seuffert, Arch. III. Nr. 279. S. 304. A. 1. mitgetheilte Hessencassel'sche Verordnung v. 5. Sept. 1745. §. 49: „ist dem oder denen nächsten Erben ab intestato, wenn sie miteinander in einem Grade stehen, kraft des Int. quor. bon. etc. die ganze Erbschaft in Besitz zu geben" [welche Worte die folgende Nr. 280. bei Seuffert wohl nicht richtig interpretirt] hingewiesen werden. Andererseits möge hier ein nach verschiedenen Seiten hin lehrreicher Rechtsfall aus der neueren Praxis des Jenaer Schöppenstuhls seine Stelle finden:

56) Unger, Verl. Abh. S. 199. und insbes. A. 5a. S. 200. A. 8a. — Aus früheren österreichischen Rechtsquellen hat Unger S. 46. 47. S. 52. interessante das Recht des Einsatzes betreffende Stücke mitgetheilt: Landesordn. Ferdinands v. 1532 für Tyrol: „den Eingesetzten und Besitzer des Erbs"; Oberösterr. Landtafel IV. Tit. 20: „in das Inhaben der Güter". Vgl. auch noch Baseler Gerichtsordnung v. 1719. Art. 498. [meine Bon. Poss. II. 2. S. 447.]: „die Erben in die Güter eingesetzt".

57) S. auch Seuffert, Arch. III. Nr. 280. 284. Meine Bon. Poss. II. 2. S. 484.

Digitized by Google

A. Es meldeten sich bei dem Gericht zu * eine Muttervollschwester und Halbgeschwisterkinder. In Betreff Letzterer behauptete Jene, daß sie ab intestato nach dem betreffenden Particularrecht nicht mit zur Succession gelangen könnten. — Erkenntniß v. 31. Oct. 1869 des Justizamts zu *: daß von den bis jetzt angemeldeten Erbprätendenten der Wittwe X (Tante) vorläufig, gegen eine der Höhe des Nachlasses gleichkommende Caution, der Nachlaß auszuantworten, dagegen den übrigen Erbprätendenten die Geltendmachung ihrer Erbansprüche an dem Nachlaß auf dem Rechtswege vorzubehalten sei, da . . . noch nicht „über die Erbansprüche selbst zu erkennen, sondern nur darüber zu befinden war, welcher der vorhandenen Erbprätendenten die wahrscheinlichsten Ansprüche auf die Nachlassenschaft bescheinigt, dem sodann der vorläufige Besitz derselben zu überlassen, es ja aber immerhin möglich ist, daß die M. N. O. (Halbgeschwisterkinder) auf dem Rechtswege die fragliche Nachlassenschaft zuerkannt erhalten". — Hiergegen Appellation von verschiedenen Seiten.

B. Nach dem Urtheil meldet sich noch eine Tante Y (Muttervollschwester), die zum Mitbesitz mit der X zugelassen wird. — Zweites Erkenntniß: a) Die Tante X ist ohne Caution zum Besitz zuzulassen, denn: „das Nachlaßgericht hat weder Recht noch Pflicht, im Interesse solcher Prätendenten, welche von dem vorläufigen Besitze der Erbschaft ausgeschlossen werden mußten, denjenigen Personen, welchen dieser Besitz von ihm zugesprochen worden ist, eine Caution aufzuerlegen. Liegen Voraussetzungen dafür vor, daß die Aushändigung der Erbschaft an einen oder mehre Prätendenten für die übrigen eine Gefahr des Verlustes, oder eine Erschwerung bez. Vereitelung der Rechtsverfolgung befürchten ließe, so ist es Sache der betreffenden Interessenten, sich im Wege des Arrestverfahrens die erforderliche Sicherung ihrer Ansprüche zu verschaffen". b) „Als nächste Seitenverwandte des Erbl. für diese Nachlaßregulirung sind die Wittwen X und Y in Erwägung zu ziehen, welche als leibliche Schwestern der Mutter des Erbl. zu dem Letzteren im

Digitized by Google

dritten Grade der Seitenverwandtschaft stehen", und „kann die Wittwe X diesen Besitz nicht allein, sondern nur in Gemeinschaft mit ihrer noch lebenden leiblichen Schwester beanspruchen". c) Die M. N. O. „als Kinder eines Halbbruders des Erbl. sind zwar, was die Anzahl der Zeugungen anlangt, in demselben Grade mit dem Erbl. verwandt, müssen aber in Folge ihrer Halbbürtigkeit um einen Grad zurücktreten; denn wenn auch nach der neuerlichen Praxis der hiesigen Gerichte angenommen wird, daß der nach gemeinem sächs. R. bestehende Nachtheil der halben Geburt bei Berechnung der Nähe der Verwandtschaft über den dritten Grad hinaus keine Anwendung erleide, so hat doch der Grundsatz, daß die halbe Geburt gegen die volle Geburt um einen Grad zurücktrete, bis zum dritten Grad einschließlich bei uns unbestrittene Geltung. Von dieser Regel bildet die Bestimmung im §. 10. der Successionsordnung lediglich eine Ausnahme. Die Appellanten berufen sich nun zwar zur Rechtfertigung ihrer Ansprüche auf das durch die Successionsordnung für die Kinder von Geschwistern eingeführte Repräsentationsrecht, übersehen aber dabei, daß das letztere im §. 9. der Succ.-Ordn. ausdrücklich auf die Kinder der leiblichen Geschwister beschränkt ist. Die Ausschließung der M. N. O. vom Besitze der Erbschaft ist daher durchaus gerechtfertigt". d) „Die betreffenden Erbprätendenten sind zwar die Gebühren ihres Anwalts, von den Gerichtskosten aber nur diejenigen als Extrahenten zu tragen schuldig, welche sie wirklich durch ihre Anträge verursacht haben, während die Zahlung der übrigen Gerichtskosten aus der Nachlaßmasse zu erfolgen hat".

C. Auf Grund dieser vorläufigen Besitzeinräumung ohne Caution klagen dann die Eingewiesenen, denen vom Gericht die betreffenden zum Nachlaß gehörigen Schuldbocumente eingehändigt worden, gegen einen debitor hereditarius, ohne daß dieser nach dieser Richtung hin irgend welchen Widerspruch erhebt, und der debitor wird verurtheilt.

2) Rücksichtlich der Einheitlichkeit des die Erbschaftsregulirung unter Obhut habenden Nachlaßge-

Digitized by Google

richtes. Es ist unbedingt wünschenswerth, daß sowohl die testamentarische Mission wie das Intestatinterdict vor dasselbe Gericht gehören [58]), und zwar vor dasjenige, welches, wie der eben mitgetheilte Fall angiebt, auch anderweitige Handlungen der Nachlaßregulirung [wie Siegelanlegung, Aushändigung der Erbschaftspapiere] vorzunehmen berechtigt ist. Der deutschrechtliche Gedanke ist, daß das Gericht hier überhaupt in einer freieren nicht bloß rein-processualischen Stellung über dem Nachlaß steht, aus welchem denn auch in gewissen Gränzen die Kosten der Nachlaßregulirung zu entnehmen sind (vgl. auch Ziff. 61. A. 75.).

Diese Gerichtsfrage bedarf aber einer weiterreichenden Untersuchung, die ich hier bei Seite legen muß.

70. — A. Das heutige Recht der missio Hadriana [59]). — 1) Die Mission ist eingeführt von Hadrian. Sie ruhte damals auf den zwei Voraussetzungen gerichtlicher Testamentseröffnung und sofortiger Entrichtung der Erbschaftssteuer [60]). Justinian hat das Edict Hadrian's mit den vielen daraus hervorgegangenen Zweifeln aufgehoben, die Mission aber bestehen lassen [61]), wie man aus der Aufnahme der auf die Hadrian'sche

58) Ueber die Bestimmungen des röm. R. in dieser Hinsicht: meine Bon. Poss. II. 2. S. 480—482.

59) Tit. C. de edicto divi Hadriani tollendo, *et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur.* 6. 33.

60) Bachofen, Ausgew. Lehren des Civilr. S. 391. — Ueber die Behandlung der Erbschaftssteuer in unseren neueren Verhältnissen: Unger, Verl. Abh. S. 169—190.

61) Koch, Preuß. Pr.R. §. 875. A. 2.

Digitized by Google

Miſſion ſich beziehenden Stellen (fr. 7. pr. de appell. rec., l. 1. 2. C. 6. 33, l. 6. C. quor. appell. non rec.) unzweifelhaft erſieht. Der früher herkömmliche unbequeme Ausdruck: remedium ex l. ult. C. de ed. d. H. t. [auch wieder Brinz, P. §. 165.] iſt alſo auch nicht einmal hiſtoriſch zutreffend.

2) Vorausſetzung der äußeren Fehlerfreiheit des Teſtaments; l. 3. C. cit: iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum . . . . . ex legitime formato testamento. Nicht erforderlich iſt danach bei Nachſuchung der Miſſion: Beweis der Unterſchrift des Teſtators oder der gehörigen Qualification der Zeugen[62]). Zuläſſig iſt die Miſſion auch aus einem testamentum nuncupativum in scripturam redactum[63]), aus einem Notariatsinſtrumente über mündlich erklärten letzten Willen, aus einem (nach Bamberger R.) vom Pfarrer zu Papier gebrachten mündlichen Teſtament[64]). Sie kann erbeten werden:

a) Vom Inſtitutus und Subſtitutus (bez. deſſen beſtelltem Vertreter), und unter dieſem Geſichtspunkt des Subſtitutus auch aus dem gemeinſchaftlichen Teſtament des letztlebenden Ehegatten[65]);

62) Seuffert, Arch. VI. Nr. 229. sub 2.

63) Seuffert, Arch. II. Nr. 75. sub. 1; l. 8. C. de codicill; meine Bon. Poss. II. 2. S. 145. A. 4. S. 156. S. 475. A. 1; Bachofen, Ausg. L. des Civilr. S. 393. 394.

64) Seuffert, Arch. II. Nr. 75. sub 1. S. 91.

65) S. den intereſſanten Fall bei Seuffert, Arch. XIV.

Digitized by Google

b) vom heres ex re certa, soweit er überhaupt juristisch als Universalsuccessor dasteht[66]);

c) nicht vom Fideicommissar[67]);

d) nicht vom Legatar[68]).

3) Das Missionsverfahren.

a) Es ist nicht nothwendig ein wirklicher Proceß gegen einen besitzenden Gegner. Es ist denkbar lediglich ein an den Richter gerichtetes Einweisungsgesuch und Gewährung der Einweisung, worauf dann der Eingewiesene die noch besitzfreien Sachen selbst in Besitz nimmt [venit in possessionem][69]). Hiebei kann der Besitzergreifer dann noch Widerstand von einem nicht wirklichen Besitzer, aber Einem finden, der Jenem die Erlangung des Besitzes zu verhindern strebt[70]). Denkbar ist die Erklärung der Mission sogar noch dann, wenn man selbst oder ein Dritter der Besitzer ist, und der Gegner bereits das Petitorium angestellt hat[71]).

Nr. 103. — Paul. sent. III. 5. §. 15.; l. 1. C. de ed. div. Hadr. toll.

66) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 486. A. 6; dagegen: Seuffert, Arch. III. Nr. 286; dafür: Seuffert, Arch. IX. Nr. 317.

67) Seuffert, Arch. XII. Nr. 50.

68) Seuffert, Arch. IX. Nr. 317.

69) l. 3. C. cit. *si . . iudici testamentum ostenderit . . .* mittatur quidem in possessionem. Seuffert, Arch. III. Nr. 281. — A. M.: Sintenis S. 572. A.; Randa S. 43. A. *.

70) Seuffert, Arch. II. Nr. 75. sub 2; fr. 1. §. 1. ne vis fiat ei. 43. 4: prohibentes venire in possessionem coerceret; §. 3: qui prohibuit quem venire in possessionem. — Die richterliche Hülfe für den Eingewiesenen konnte schon bei den Römern extra ordinem und manu militari erfolgen. fr. 3. pr. eod.

71) Seuffert, Arch. II. Nr. 75. sub 3.

Digitized by Google

b) Es kann aber auch ein wirklicher Missionsproceß gegen den Besitzer der corpora vorkommen[72]). Der Besitzer muß die corpora nach dem Tode des Erblassers ergriffen haben[73]), und zwar muß er sie eigenmächtig an sich genommen haben, so daß sein pro herede oder possessore Possidiren gegenüber der durch die Testamentsvorweisung vom Imploranten gegebenen Legitimation als nichtlegitimirt dasteht (non autem legitimo modo ab alio detinentur)[74]). Der Implorant wird, unter Ausweisung dieses Detinirenden, in den Besitz gesetzt (mittatur in possessionem . . . et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat). Der bisher Detinirende kann sogleich im Missionsverfahren durch Vorbringung von Einreden, die ad separatum zu verweisen sind, widersprochen haben. Dieses hindert aber nicht, daß er zunächst ausgewiesen wird (qui *antea detinens* contradicendum putavit). Unvermögenheit des Imploranten ist kein Hinderungsgrund der Einweisung, und kein Grund, ihm eine besondere Caution aufzulegen oder Sequestration zu verfügen[75]). — α) Die Proceßqualität dieses Missionsverfahrens ist auch schon nach röm. Recht nicht zu bezweifeln. Das Appellationsverbot[76]) bezieht sich auf

72) Seuffert, Arch. III. Nr. 281.

73) Paul. sent. III. 5. §. 18; l. 3. C. cit.: quae testatoris *mortis tempore* fuerunt. (Ziff. 67. A. 45). Danach ist ein detinirender obligatorischer Verwalter aus Lebzeiten her [vgl. auch den Fall Ziff. 67. A. 33.] kein richtiger Beklagter; Seuffert, Arch. III. Nr. 285.

74) Vgl. über diese Worte unten bei A. 90.

75) Seuffert, Arch. II. Nr. 75. sub 5; vgl. den oben mitgetheilten Rechtsfall, Ziff. 69. a. E., aber auch unten A. 95.

76) Fr. 7. pr. de app. rec. 49. 5.; l. 6. C. quor. app.

Digitized by Google

einen dem Imploranten processualisch gegenüberstehenden Gegner, der schon vor seiner Ausweisung aus dem Besitz (*antea* detinens) Einwendungen gegen den Imploranten hatte vorbringen können. Richtig aber ist, daß seit dem Mittelalter, in Ausgleichung mit dem Interdict quor. bon., der Charakter eines summarischen Processes sich verstärkt hat[77]). β) Gegenüber dem Immissionsgesuch ist jedenfalls zuzugestehen die formelle Zulässigkeit des Einwandes des Nichtinstituirtseins[78]). γ) Einem Immissionsgesuch auf Grund eines schon publicirten Testaments kann der Gegner die Vorlage eines zweiten Testaments von gleichem Datum entgegenstellen[79]), worauf dem Imploranten der Beweis obliegt, daß das von ihm angezogene das jüngste sei[80]). δ) Dem Imploraten muß die Einrede offen stehen, daß die zur Hinterlegung des Testaments ausgestellte Vollmacht sich als mangelhaft herausstelle[81]). ε) Implorat kann behaupten, die corpora hereditaria schon vor dem mortis tempus vom Erblasser her in Händen zu haben (A. 73). Implorant hat demgegenüber zu beweisen, daß der Erblasser die Sachen mortis tempore im Besitz gehabt, und Implorat sie eigenmächtig in Be-

non rec. 7. 65. Die Worte: interpositamque appellationem *is, cuius de ea re notio erit*, recipiendam esse crediderit zeigen, daß an sich der processualische Maaßstab hier angelegt wird. (Nicht richtig Brinz, Pand. S. 709.) Vgl. auch Unger, Verl. Abh. S. 47.

77) Seuffert, Arch. III. Nr. 281. Brinz, Pand. S. 851.

78) Seuffert, Arch. XIV. Nr. 103. S. 150. 151.

79) Vangerow, Pand. II. § 510. S. 529.

80) Seuffert, Arch. VI. Nr. 229. sub 3; Unger, Verl. Abh. S. 201. A. 9a.

81) Seuffert, Arch. III. Nr. 282.

Digitized by Google

sitz genommen hat. δ) Die Praxis hat dem Imploraten auch Einreden wegen innerer Testamentsmängel, wenn sie in continenti beweisbar sind, gestattet[82]).

4) Das petitorische Verfahren.

a) Alle weiteren das Recht der Parteien betreffenden materiellen Fragen, welche im Missionsverfahren keine Zulassung finden können, werden ad separatum verwiesen [das Missionsverfahren wird also erledigt: „*salva eorum disceptatione*", Paul. sent. III. 5. §. 14] und dem petitorischen Proceß vorbehalten. Zu diesen Fragen gehört: α) die vom falsum, ruptum, irritum testamentum, Paul. l. c.; inofficiosum testamentum; filium defuncti praeteritum esse; Behauptung des Sklavseins des Erblassers [überhaupt eines Mangels der testamentificatio] l. 2. C. cit.[83]). β) Behauptung der Testirungsbeschränkung des Erblassers durch Erbvertrag[84]). γ) Behauptung der Testirungsbeschränkung des Erblassers in Folge eines früher errichteten correspectiven Testaments[85]). δ) Anfechtung der Unterschrift des Testators und der gehörigen Qualification der Zeugen (vgl. A. 62). ε) Petitorische Einreden, welche aûs dem die Berechtigung des Imploranten an Bedingungen knüpfenden Codicille entlehnt werden[86]).

b) Anstellung des petitorischen Rechtsstreites; „principalis causa" l. 3. C. cit; das „iure ordinario

82) Seuffert, Arch. III. Nr. 283. (nur ist die Begründung hier nicht richtig).

83) Wangerow a. a. O. S. 430; Seuffert, Arch. II. Nr. 75. sub 4.

84) Seuffert, Arch. XVII. Nr. 70.

85) Dafür (richtig): Seuffert, Arch. III. Nr. 282; dagegen: Seuffert, Arch. VI. Nr. 229. sub 4.

86) Seuffert, Arch. IX. Nr. 317. S. 417.

Digitized by Google

experiri“ Paul. III. 5. §. 18; „in iudicio competente“ l. 3. C. cit. — Die materielle Contradiction gegen den Ausgang des Missionsverfahrens kann schon während des letzteren (ohne aber dies aufzuhalten), kann aber auch erst nachher eingetreten sein. Sie kommt im „competens iudicium“ zum Austrage, und es wird damit nachträglich die materielle Richtigkeit des Resultates des Missionsverfahrens, auf Grund der erhobenen materiellen Contradictionspunkte, geprüft[87]). — Das competens iudicium kann nun sein: *α*) Klage des scriptus heres. Diese ist die gewöhnliche her. petitio rücksichtlich einzelner etwa nicht in Besitz erhaltener Sachen, und rücksichtlich der anderen über das Gebiet der mortis tempore besessenen corpora hinausliegenden Erbschaftsstücke. Paul. sent. III. 5. §. 18: in possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, scriptus heres, priusquam iure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat. Diese Klage ist es, die auch von Justinian in l. 3. C. cit. nach der ertheilten Mission als von Seiten des Missus noch als anstellbar vorausgesetzt wird: „ipsi qui missus est, *omnem intentionem*; . . . non solum missionem sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam“. — *β*) Klage des „con-

87) Sin autem *aliquis contradictor* extiterit, tunc in iudicio competente *causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis* ventilentur, et ei possessio acquiratur, qui *potiora ex legitimis modis iura* ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit. Verwechslungen dieses petitorischen Processes mit dem Missionsverfahren sind früher sehr häufig gewesen. Ueberreste davon noch bei Seuffert, Arch. III. Nr. 283, II. Nr. 75. sub 4. a. E.

Digitized by Google

tradictor". aa) Gewöhnlich wird dies die her. petitio des dem missus entgegentretenden Erbprätendenten sein; also namentlich: des Substituten, der die Institution[88]), des Inteſtaterben, der das Teſtament für nichtig ausgiebt; des Erben eines ſcheinbar früheren Teſtaments, der das ſpätere Datum eines anderen Teſtaments, aus dem die missio ertheilt worden (Nr. 3. b. *γ.*), für gefälſcht ausgiebt[89]). In dieſem oder dem nach Nr. *a.* vom scriptus heres angeſtellten Erbſchaftsproceß wird nun entſchieden, wer von den Beiden, sive qui missus est sive qui antea detinens contradicendum putavit, die *potiora ex legitimis modis iura ostenderit.* Vorher war von dem im Miſſionsverfahren Unterliegenden geſagt worden, daß er die Sachen *non legitimo modo* detinire; dieſe legitimi modi erklären ſich alſo gegenſeitig. Wenn der Eine ein äußerlich fehlerfreies Teſtament vorlegt, der andere aber als eigenmächtiger Ergreifer der corpora für ſich entweder gar nichts (pro possessore possessor) oder nur ſeinen guten Glauben des Erbeſeins vorbringt, aber ohne augenſcheinliche Beweiſe ſeiner nächſten Erblegitimität darlegen zu können[90]) (pro herede possessor), ſo

88) Paul. sent. III. 1. §. 15: si inter heredem institutum et substitutum *controversia sit*, magis placet eum in possessionem rerum hereditariarum mitti qui primo loco scriptus est.

89) Daß Juſtinian in l. 3. C. cit. von der her. petitio des contradictor redet, wird richtig ſchon von Savigny S. 247. A. 1, Vangerow §. 510. a. E., Brinz Pand. S. 708. ausgeſprochen.

90) Kann er alſo in continenti: „ex legitimis modis potiora iura" darlegen, ſo ſiegt er ſchon im Miſſionsverfahren. — Inſoweit halte ich dafür, daß der Satz

Digitized by Google

erscheint dieser zunächst als ein non legitimo modo detinens. Im petitorischen Proceß wird nun aber Alles definitiver Prüfung unterzogen und entschieden, wer von Beiden in Wahrheit ex legitimis modis die potiora iura habe. Der Entscheidung gemäß behält bez. erhält der Sieger den definitiven Besitz der Erbschaft (ei possessio acquiratur). — bb) Als Klage eines contradictor läßt sich auch noch denken, obgleich sie in der l. 3. C. cit. nicht berührt wird, die rei vindicatio eines sich auf Grund eines Singulartitels nach des Erblassers Tode einer Sache aus dem Nachlaß eigenmächtig Bemeisternden. Oben ist rücksichtlich eines Solchen ausgeführt, daß er durch die Negation des pro herede oder pro possessore-Besitzes den mit der her. pet. Auftretenden zurücktreibt und zur Anstellung der rei vindicatio zwingt; daß aber andererseits beim Interdict quorum bonorum der große Vortheil der Ausschließung einer auf den Singulartitel gerichteten beklagtischen Behauptung besteht. Es scheint mir nun ganz undenkbar, daß das beim Interdict Anerkannte nicht noch mehr bei der Mission gelten sollte. Daß dieser Punkt nicht, wie gewöhnlich angenommen wird[91]), in den Worten der l. 3. C.: non autem legitimo modo ab alio detinentur gemeint sei, hat so eben schon seine Besprechung gefunden. Die Unrichtigkeit des Satzes aber, daß „auch der Kläger mit dem Interdict quor. bon. gegen einen solchen Besitzer nichts aus-

von den inneren vitia in continenti probanda (A. 82.) schon im Justinianeischen R. enthalten ist. (Anders Savigny a. a. O. A. 1. und Unger, Berl. Abh. S. 200. A. 8.) Vgl. auch Sintenis S. 569. und S. 573. A.

91) Bangerow a. a. O. Nr. 1.; Brinz, Pand. S. 708.

Digitized by Google

zurichten vermöge und zu einer Specialklage greifen müsse, indem die Zulassung der Einrede schon mit innerer Nothwendigkeit aus der Natur der Sache sich ergebe und einer besonderen gesetzlichen Bestätigung gar nicht bedürfe" (Vangerow)[92], ist oben entwickelt worden. Indem in l. un. Th. C. quor. bon. die Ausschließung der Berufung auf den Singulartitel gerade auf den der Mission entstammenden klägerischen Beweis des erblasserischen Besitzes mortis tempore gebaut wird (Ziff. 67. A. 45.), so kann doch auch bei der Mission die Consequenz dieser Beweisvorschrift nicht gefehlt haben.

c) Die frühere annale Verjährung (Paul. sent. III. 5. §. 16.) wird von Justinian in l. 3. C. cit. aufgehoben, und es werden für die petitorischen Klagen nur die gewöhnlichen Wirkungen des Zeitablaufs anerkannt[93].

71. — B. Das heutige Recht des Interdicts quorum bonorum. — 1) Die Festhaltung des summarisch-possessorischen Charakters dieses Rechtsmittels im Gegensatz zu der Savigny'schen Theorie hat sich in der Praxis bestimmt ausgesprochen[94]. Die der missio Hadriana gleichartige Behandlung des Einsatzes bei der Intestaterbfolge macht aber auch [wie der oben mitgetheilte Fall davon ein Beispiel enthält] die Praxis geneigt, ein Nachsuchen um richterliche Besitzeinweisung auch schon ohne die Existenz eines bestimmten besitzenden

92) Diese Ansicht paßt überhaupt nicht zu der oben Ziff. 67. A. 30. mitgetheilten Vangerow'schen Ansicht (Vangerow S. 404. oben S. 426. Nr. III. a. E.).

93) Vangerow a. a. O. Nr. 2.

94) Seuffert, Arch. III. Nr. 279.

Digitized by Google

Gegners, beim Vorhandensein des Nachlasses in Gerichtshanden, zu gewähren, was allerdings ganz gegen den Buchstaben des Justinianeischen Interdicts quorum bonorum ist (Unger, Verl. Abh. S. 200. A. 7).

2) Wenn ein bestimmter Gegner, und zwar ein auch Erbprätensionen erhebender, vorhanden ist, so kann bei dem im Gebiet der Intestaterbfolge[95]) [nicht wohl aber der auf die s. g. bona vacantia gerichteten Erbfolge[96])] sein Anwendungsgebiet findenden Interdict quor. bon. die Collision der Erbprätendenten eine dop-

95) Vgl. die oben schon Ziff. 69. A. 56. erwähnte, von Unger, Verl. Abh. S. 52., mitgetheilte [sich nicht bloß auf das Gebiet der missio Hadriana beziehende] Oberösterreichische Landtafel: „Da sich hierinnen zwischen den Erben ein stritt eraignen wolte, alßdann soll die Obrigkheit, wo daß Testament lauther und unwidersprechlich, den instituirten Erben, wo es aber unlauther und disputierlich, den Erben so ohne daß von Rechtswegen *ab intestato* succedirten, auf ihr Begehrn in daß Inhaben der Gütter gegen genügsambe Caution und Versicherung biß auf die Endtliche erkhantnus einsätzen, darauf auch die Entscheidung der sachen und Gerichtlichen Erkhantnuß ohne Gestattung ainigen aufzugs, so ein oder der ander thaill suchen mögte, *summarie* procediren und erkhennen". — Nürnberger Reformation v. 1564 [meine Bon. Poss. II. 2. S. 440 ff.]: Wenn kein Testament da ist oder die eingesetzten Erben den Einsatz nicht erlangt haben, so werden „die nächsten Freunde zu gleichem Geprauch und Genieß der verlassenen Güter auf ihr Begehren eingesetzt", wobei der Nähere dem Entfernteren vorgeht. — s. über das sächs. Ges.B. Ziff. 63.

96) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 473. A. 9. Vgl. noch Seuffert, Arch. VIII. Nr. 275. (s. Ziff. 67. A. 41.)

Digitized by Google

pelte Gestalt annehmen. a) Es ist möglich das Auftreten mehrer Intestaterbprätendenten. „Wenn bei der Intestaterbfolge mehre Prätendenten collidiren, der Nachlaß aber noch in Gerichtshanden sich befindet, so kommt es häufig vor, daß der eine oder andere der Prätendenten auf dem Grunde einer Bescheinigung seines Erbanspruchs um Einsetzung in den Besitz der Erbschaft nachsucht. Hierüber wird . . . eine Streitverhandlung unter den Prätendenten gepflogen, und demjenigen die Einsetzung in den Besitz zuerkannt, welcher den nächsten Erbanspruch wahrscheinlich gemacht hat. Das hier gebrauchte Rechtsmittel heißt in der Praxis Interdictum quorum bonorum“ [97]). Hiebei ist denn auch, wie der oben mitgetheilte Erbfall zeigt, nach schon erfolgter Besitzeinweisung die nachträgliche Zulassung eines gleichberechtigten Nebenstehenden in den Mitbesitz möglich. — b) Es ist aber auch denkbar, daß ein Intestaterbe mit dem Interdict einem noch nicht gerichtlich eingewiesenen, auf ein beim ersten Blick vielleicht äußerlich fehlerfreies Testament sich stützenden, Testamentserben entgegentritt, und die augenfällige Ungültigkeit des Testaments behauptet. Es ist durchaus consequent, die Gründe, welche überhaupt im testamentarischen Missionsverfahren dem Imploraten als Einreden gegen das Testament vorzubringen gestattet werden [insbesondere auch betr. innerer vitia in continenti probabilia], hier als Basis für den Sieg mit dem Interdict zuzulassen. Und von In-

97) Seuffert, Arch. III. Nr. 279. A. 1. VII. Nr. 71; Sintenis S. 567; Unger, Berl. Abh. S. 201. A. 10. 11. — Das sächs. G. B. (Ziff. 63.) fordert als Bescheinigung die Vorlegung äußerlich fehlerloser Geburts- und Todtenscheine.

Digitized by Google

tereſſe erſcheint es, dieſen Punkt auch ausdrücklich in der ſchon erwähnten Heſſencaſſelſchen Verordnung vom 5. Sept. 1745 §. 49. zu particularer Fixirung gebracht zu ſehen: „Findet ſich aber kein Teſtament oder letzter Wille, oder der Augenſchein zeigt, daß es damit nicht zu Stande gediehen, oder daſſelbe ſonſt verwerflich, wieder aufgehoben und nichtig ſei; ſo iſt dem oder denen nächſten Erben ab intestato, wenn ſie miteinander in einem Grad ſtehen, kraft des interdicti quorum bonorum etc. die ganze Erbſchaft in Beſitz zu geben, und deren ſich meldenden Contradictoren, von was für einer Gattung ſelbige auch ſeyn mögen, ihre zu haben vermeinte Befugniß gehörigen Orts vorzubehalten“ [98]). — c) Iſt dagegen einmal die richterliche Beſitzeinweiſung erkannt, ſo kann dagegen nicht noch einmal eine Beſitzeinweiſung beantragt, ſondern es muß petitoriſch geklagt werden. So wie dies von Juſtinian in l. 3. C. cit. ausdrücklich rückſichtlich eines durch Hadrianiſche Miſſion Eingewieſenen anerkannt wird, dem entgegen der contradictor [natürlich gleichviel ob auf ein anderes Teſtament oder auf Inteſtaterbrecht ſich ſtützend] in der principalis causa die potiora ex legitimis modis iura zu erweiſen hat, ganz ebenſo muß dies auch für einen mit Int. quor. bon. in den Beſitz eingeſetzten Inteſtaterben angenommen werden [99]).

98) Seuffert, Arch. III. Nr. 279. A. 1.

99) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 205. A. 4. S. 237; Unger, Verl. Abh. S. 47. S. 203. A. 13, und die von ihm mitgetheilte Stelle Nov. decl. für Schleſien Nr. 5. (Nr. IX.): „Wäre aber ein Theil ſchon in die Poſſeſſion legaliter und legitime gekommen, ſo ſolle weiter kein Poſſeſſionsſtreit zugelaſſen, ſondern derjenige ſo

Digitized by Google

3) Der Sieger im Interdict gewinnt die Beklagtenrolle für die her. petitio [100]).

4) Die Einrede des Eigenthums kann der nach dem Tode des Erblassers die betreffende Sache eigenmächtig ergreifende [was der Interdictskläger, nebst dem Umstande des erblasserischen Besitzes mortis tempore, zu beweisen hat, vgl. Ziff. 67. A. 45.] Beklagte nicht vorschützen. Daran hat die Praxis überhaupt den von der missio Hadriana entlehnten Satz geknüpft, daß exceptiones altioris indaginis hier fürs Petitorium ausgeschlossen werden [1]).

5) Die Appellation gegen das Erkenntniß der Besitzeinweisung ist für das dem Hadrianischen Missionsverfahren in der Praxis gleichartig behandelte Interdictsverfahren richtiger auszuschließen [2]).

ab int. ein besser Recht als der possessor zu haben vermeynet, an das ordentliche Recht gewiesen werden".

100) Seuffert, Arch. III. Nr. 279. A. 1. — Ueber die Zulässigkeit der Cumulation des Interdicts mit dem Petitorium: ebendas. VII. Nr. 71.

1) Seuffert, Arch. a. a. O. — Vgl. auch in dem oben mitgetheilten Rechtsfall die Ausscheidung definitiver Prüfung, ob den Geschwisterkindern ein Erbrecht zuzugestehen sei.

2) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 497. 498. Unger, Berl. Abh. S. 202. A. 12. und die von Unger S. 47. mitgetheilte Stelle der Landesordnung für Tyrol von 1532 Buch III. Art. 26: „Wann zu der Zeit ains Erbfalls mer dann ainer das Erb ansprechen und yeder wider und vor dem anndern des Einsatz begeren würden, so sol kainer eingesetzt, sunder das Gut vorgeschribner maßen inventiert, bewart und baider Partheyen Sipsal rechtlich gehört, und zum fürderlichsten mit Urtail, welcher unnder inen oder ob fy baid jeden

Digitized by Google

6) Regelmäßig hat der Eingewiesene auch hier keine Caution zu leisten (A. 75. u. 95).

7) Das Interdict ist adipiscendae *possessionis*, während das Missionsverfahren nur ein in possessione esse gewährt. Hier ist nach dem Buchstaben des Rechts, in Folge der historisch getrennten Entwicklung beider Institute, ein in's practische Recht scheinbar herübergeschleppter Unterschied zwischen dem eingesetzten testamentarischen und Intestaterben (s. aber meine Bon. P. II. 2. S. 480. Sintenis S. 572).

8) Das Interdict wird als utile nach II. Feud. 26. pr. §. 2. auch dem filio vel agnato ab intestato ad feudum venienti gegeben; und ferner wird das Recht des Einsatzes nach der Praxis auch den Vertragserben und überhaupt den vigore statuti oder consuetudinis Gerufenen gewährt [3]).

9) An der Belangbarkeit dessen qui dolo malo fecit, uti desineret possidere, ist nichts geändert.

10) Das Verfahren ist, wie bei der Hadrianischen Mission, ein nach dem Ermessen des Richters einzurichtendes höchstsummarisches, „dessen Leben nur nach Tagen höchstens nach Wochen berechnet werden darf" [4]).

11) Schließlich noch ein Wort über den practischen Werth des hier dargestellten Rechtsinstituts des Einsatzes. Savigny hat dasselbe, wie ich es bereits in meinem Werke über die Bon. Poss. als das Product

zu seinem Rechten billicher eingesetzt, erleuttert, und von solicher Urthail der Einsatzung soll nit gedingt oder appelliert werden".

3) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 487.

4) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 486. A. 5. S. 497.; Unger, Verl. Abh. S. 201.; Sintenis S. 574.

Digitized by Google

deutschgewohnheitsrechtlicher, das römische R. adoptirender aber in einzelnen Punkten modificirender Thätigkeit entwickelt habe, für ein „völlig harmloses und unschädliches aber auch ganz überflüssiges" Institut erklärt [5]). Er erkennt allerdings die Hadrianische Mission als eine nicht unzweckmäßige Rechtseinrichtung an, kann aber darüber hinaus „sich nicht überzeugen, daß ein wahres Bedürfniß dahin führe, dem Proceß über die Wahrheit des Erbrechts einen besonderen Proceß über die Wahrscheinlichkeit desselben voranzuschicken". Praxis und die ganz überwiegende Zahl der seither über diese Frage sich äußernden Schriftsteller [6]) haben ihm nicht Recht gegeben. Ich sollte denken, ein Institut, das, auf eigenthümlich deutschrechtlichem Grundgedanken richterlicher Fürsorgepflicht für Regulirung der Erbangelegenheit ruhend, die hier einschlagenden römischen Rechtssätze wohl in sich aufnimmt, aber immer wieder in Folge practischen Bedürfnisses darüber hinausdrängt; — ein Institut, dem auch in seiner Anwendung auf die Intestaterbfolge innere Gründe der Brauchbarkeit keineswegs fehlen [7]); das mannigfach in deutschen Land- und Ortsstatuten particulargesetzliche Geltung erhalten, und auch wieder in unserem neusten deutschen Gesetzbuch (dem sächsischen) Aufnahme gefunden hat; das von der auf entschiedener opinio necessitatis ruhenden gemeinrechtlichen Praxis in zähester Weise festgehalten

5) a. a. O. S. 314. 317.

6) Randa S. 44. A. * bezweifelt mit Savigny die Zweckmäßigkeit des Interdicts quor. bon., aber vom Standpunkte der Empfehlung eines anderen provisorischen Rechtsmittels aus (Ziff. 62. A. 2.).

7) Meine Bon. Poss. II. 2. S. 189. 190, 195—197. 270 ff.

Digitized by Google

wird; — ein Institut endlich, von dem uns gewichtige Stimmen aus Oesterreich herüberrufen, daß es wegen seiner einfachen, klaren und freiheitlichen Gedankengrundlage gerade das sei, dessen Wiedereinführung in Oesterreich erstrebt werden müsse [8]), — ein solches Institut hat mehr historisch gegründeten Anspruch auf unsere Anerkennung, als ihm Savigny zuerkennen will.

Wenn übrigens, worauf ich Ziff. 64. a. E. hinwies, unsere deutsche Gesetzgebung die wichtige Frage vom Erblegitimationsverfahren zu ordnen unternimmt, so wird sie auch das Rechtsinstitut des Einsatzes theils ändernd theils anerkennend in den Kreis ihrer Satzungen zu ziehen nicht umhin können.

8) Unger, Verl. Abh. S. 193. A. 1. 2. Erbrecht §. 39. A. 1.

Lib. XXXVII. Tit. II.

Si tabulae testamenti extabunt.

§. 1603.

72. Die diesen Titel betreffenden Fragen haben im ersten Bande dieser Serie ihren Platz gefunden. Insbesondere die Erklärung des fr. un. f. das. Ziff. 87.

Digitized by Google

Anhang.

Erbschaftserwerb und Sicherstellung der Erbschaft nach dem Rechte der russischen Ostseeprovinzen.

In Anknüpfung an die oben Ziff. 60—63 dargestellten Legislationen wird es von Interesse sein, das Recht von Liv-, Est- und Curland, wie es, in Anknüpfung hauptsächlich an Schwedische Gesetze [kgl. Schwed. Vorm. Ordn. v. 17. März 1669 §§. 4. 6. 11. 18.; kgl. Schwed. Testaments-St. v. 3. Juli 1686 §. 10; kgl. Schwed. Resol. v. 28. Mai 1687 Art. 2. §. 5.], durch die neuere Codification [Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht; zusammengestellt auf Befehl des Herrn und Kaisers Alexanders II. St. Petersburg. 1864 *)] fixirt worden ist, zu vergleichen:

1. Der Erbanfall giebt zunächst nur die Möglichkeit des Erbewerdens. Zum wirklichen Eintritt der (gesetzlichen, testamentarischen wie vertragsmäßigen) Erbfolge bedarf es der Willenserklärung des Berufenen (Art. 2621. 2622). Diese Willenserklärung kann eine ausdrückliche sein oder stillschweigend durch Handlungen erfolgen (2625). Sind die berufenen Erben bekannt, großjährig und anwesend, so unterbleibt, falls nicht vom Erben darum gebeten wird, jede Maaßregel zur Sicherstellung der Erbschaft von Seiten der Nachlaßbehörde (2588).

2. Dagegen muß die competente Nachlaßbehörde, sobald sie von einem Todesfalle amtlich Kenntniß erhält, durch Anordnung einer vorläufigen Beaufsichtigung sowie durch Versiegelung des Nachlasses, von Amtswegen die Sicherstellung

*) Der Redactor dieses Rechtsbuchs ist der kais. Russ. Staatsrath von Bunge.

Digitized by Google

desselben bewirken in folgenden Fällen: a) Unbekanntsein der Erben überhaupt oder nur zum Theil; b) (unvertretene) Abwesenheit derselben; c) Nichtwollen oder Nichtkönnen der Antretung von Seiten der bekannten und anwesenden Erben; d) Minderjährigkeit oder anderweite persönliche Unfähigkeit seine Rechte wahrzunehmen, auf Seiten auch nur eines der Erben; e) notorische Ueberschuldung des Nachlasses und Gefährdung des Interesses der vermuthlichen Gläubiger, sowie Gefahr für die Integrität des Nachlasses (2589).

3. Nach den in Gemäßheit von Nr. 1. u. 2. möglichen ersten Sicherungsmaaßregeln erfolgt, in den unter Nr. 2. angegebenen Fällen von Amtswegen, und im Uebrigen auf Antrag der Erben, die Verfügung über die Nachlaßverwaltung. Diese Verfügung wird erlassen von der zur Verhandlung der Nachlaßsache competenten Civiljustizbehörde; sie ist gerichtet entweder auf das Nehmen in eigene unmittelbare Verwaltung (bei unbedeutenden Nachlassen) oder auf Bestellung eines oder erforderlichenfalls mehrer Nachlaßcuratoren. Letztere werden von den Erbschaftsinteressenten vorgeschlagen oder, wofern solches unterbleibt, von der Behörde von Amtswegen ernannt (2590. 2591).

4. Diese Nachlaßcuratoren werden, ohne Vereidigung, zur gewissenhaften Wahrnehmung ihrer Verwaltungspflichten ermahnt (2592). Sie stehen im Allgemeinen unter den für Curatoren über Großjährige geltenden Regeln. Sie haben für Erhaltung des Nachlasses in seiner Integrität Sorge zu tragen, ohne (abgesehen von einigen Ausnahmen) Vornahme von Sachveräußerungen, Capitalkündigungen, und ohne Unternehmung neuer Geschäfte (2594). Die Verwaltung geschieht für Rechnung des Nachlasses (Honorar der Curatoren gewöhnlich bis zu 2 bez. 4% vom Werthe des Nachlasses oder nach Umständen jährlich 5% vom Bruttoeinkommen des Nachlasses) (2596).

5. Gleich mit Uebernahme der Curatel haben die Curatoren bei der Civilbehörde um Erlaß eines Nachlaßproclams nachzusuchen, welcher letztere aber auch auf Antrag der Erben oder vom Gericht von Amtswegen geschehen kann

Digitized by Google

(2597). Von Seiten des Erbprätendenten muß dann gegen den dessen Erbrecht bestreitenden Erbschaftsbesitzer die Erbschaftsklage im Laufe der Proclamsfrist (wofern nicht nachweislich er von dem Proclam ohne seine Schuld keine oder nur verspätete Kunde erhalten) angestellt werden (2600. 2619). Die Nachlaßcuratel dauert so lange, bis durch rechtskräftige Entscheidung über die Rechte der Erbprätendenten erkannt ist, worauf die Curatoren den anerkannten Erben den Nachlaß ausliefern und, nachdem sie von diesen quittirt worden, entlassen werden (2598).

6. Handelt es sich insbesondere darum, daß von einem Erbprätendenten ein Testament angefochten wird, so kann auch hier (wie bei Nr. 3.) das Gericht nach Umständen, bis zur Entscheidung der Sache, die Verwaltung des streitigen Nachlasses oder Nachlaßtheils einer Nachlaßcuratel übertragen. Es kann aber auch auf Verlangen des anfechtenden Klägers den antretenden oder zur Antretung bereiten Testamentserben verpflichten, wegen gehöriger Verwaltung und etwaiger Auslieferung der Erbschaft genügende Sicherheit zu leisten. Ist jedoch das Testament äußerlich fehlerfrei, so kann seinerseits der Testamentserbe verlangen [Ueberrest der römisch-rechtlichen *missio Hadriana*], ohne Weiteres in den Besitz der Erbschaft eingesetzt zu werden, bis der Gegner den Beweis seines besseren Rechts geführt hat (2480).

E. C. B. C.

Digitized by Google

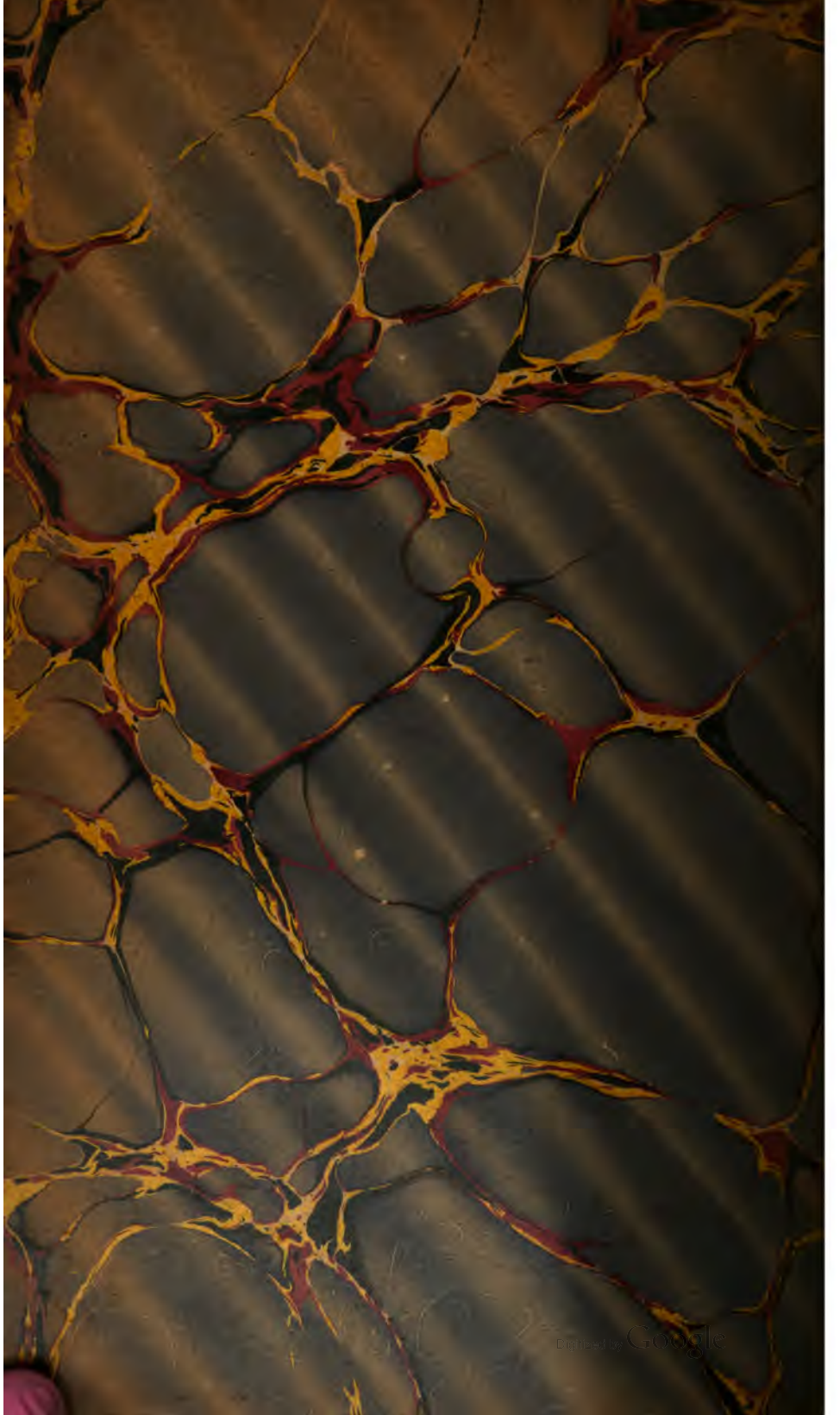
Digitized by Google

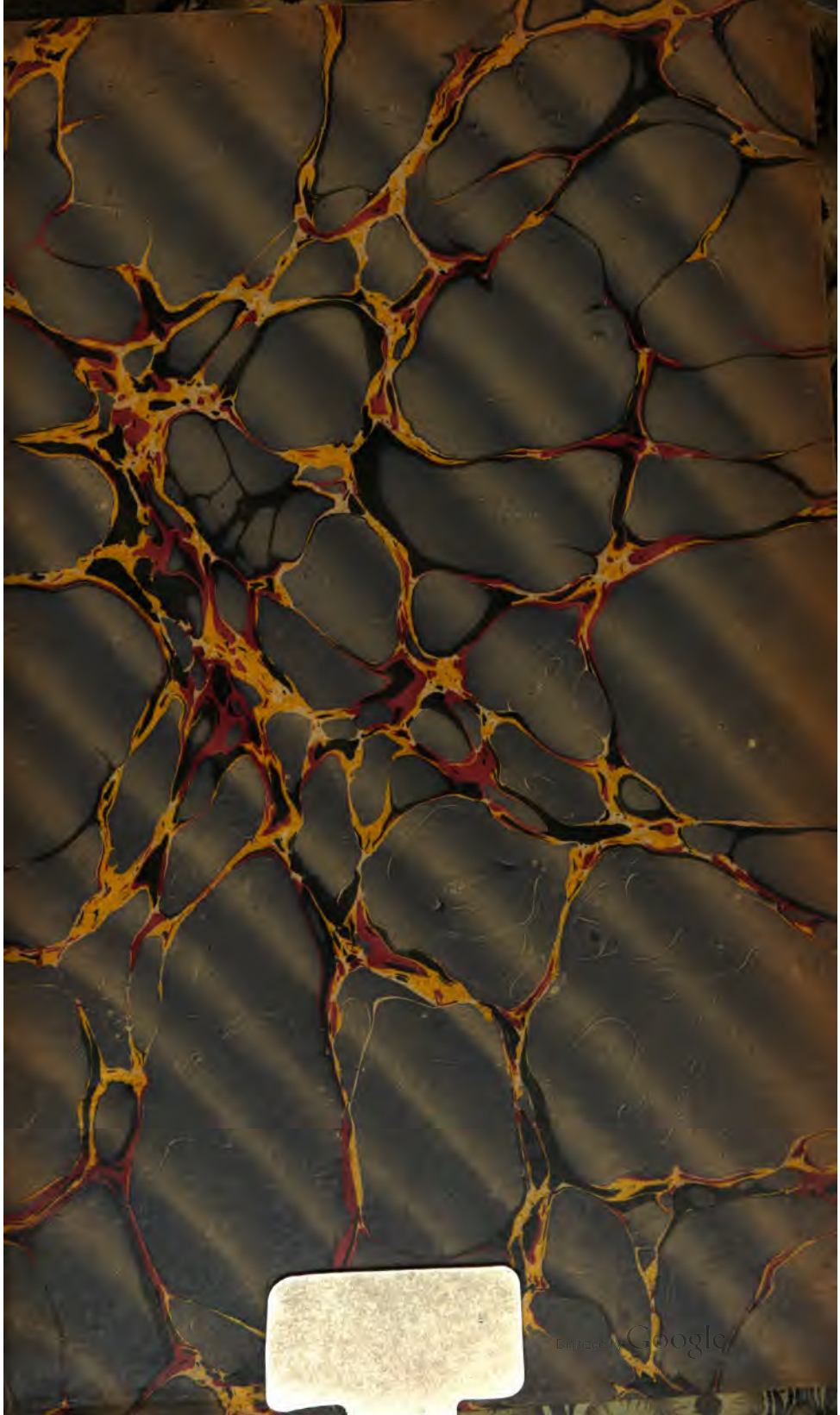
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google